

DIOGO BONFIM FERNANDEZ

O DISCURSO, O DIREITO E A JUSTIÇA
ENTRE JURGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração em Relações Sociais, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Parná – UFPR.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena.

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

DIOGO BONFIM FERNANDEZ

O DISCURSO, O DIREITO E A JUSTIÇA ENTRE JURGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena
Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR

Co-orientador(a): Profa. Dra. Marina Velasco
Programa de Pós-Graduação em Lógica e Metafísica
– UFRJ

Prof. Dr. Celso Ludwig
Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba, 13 de abril de 2010.

"O pensamento radical abre abismos ao seu redor"
Hans-Georg Gadamer

O DISCURSO, O DIREITO E A JUSTIÇA ENTRE JURGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY	
RESUMO.....	V
ABSTRACT.....	VI
Introdução.....	01
 Capítulo 1 – O DISCURSO	06
1.1 A LINGUAGEM SOB UM NOVO OLHAR.....	06
1.1.1 – A pragmática lingüística.....	06
1.1.2 – Aspectos dos atos de fala.....	14
1.2 A RAZÃO COMUNICATIVA EM JURGEN HABERMAS.....	16
1.2.1- Teoria do Agir Comunicativo.....	16
1.2.2- Regras de comunicação e pretensão de validade.....	23
1.3 – A ÉTICA DO DISCURSO.....	27
1.3.1 – O Discurso prático.....	27
1.3.2 – A fundamentação das regras do Discurso.....	35
1.3.2.1 – <i>A necessidade de uma fundamentação</i>	35
1.3.2.2 – <i>A fundamentação lógico-formal e o Trilema de Münchhausen</i>	37
1.3.2.3 – <i>A fundamentação pela contradição em Karl-Otto APEL</i>	41
 Capítulo 2 – O DIREITO COMO DISCURSO: A TESE DO CASO ESPECIAL.....	46
2.1 O DISCURSO PRÁTICO GERAL.....	46
2.2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO.....	57
2.3 A TESE DO CASO ESPECIAL.....	61
2.3.1 O direito como questão prática.....	61
2.3.2 A pretensão de correção.....	62
 Capítulo 3 – JUSTIÇA E DIREITO.....	69
3.1 A RAZÃO PRÁTICA E SEUS DIFERENTES USOS.....	69
3.1.1 – Racionalidade pragmática.....	70
3.1.2 – Racionalidade ética.....	72
3.1.3 – Racionalidade moral.....	76
3.2 – DIREITO E MORAL.....	80
3.3 – A CRÍTICA À PONDERAÇÃO.....	90
3.3.1 – Conflito de regras.....	93

3.3.2 – Conflito de princípios.....	95
3.3.3 – A ponderação e as máximas na adequação, necessidade e proporcionalidade....	96
3.3.4 – Princípio e valor e a confusão em torno do justo.....	103
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

RESUMO

Assumindo que as teorias jusnaturalista e positivista não respondem à fundamentação da ordem jurídica, o trabalho que se tem em mãos se explica como uma tentativa de solução ao problema da legitimidade do direito ao tempo em que busca diferentes critérios de averiguação de legitimidade das normas jurídicas. O caminho encetado, em consonância com o pensamento majoritário da filosofia do direito hodierna, tem como fio condutor a linguagem, principalmente a teoria do Agir Comunicativo desenvolvida por Jürgen HABERMAS. Este, filiado à teoria pragmática da linguagem, afirma que toda fala significa também uma ação e que a linguagem é o elo que media as relações pessoais, sejam elas de caráter estratégico ou comunicativo, sendo que neste último se levanta pretensão de verdade para as afirmações que descrevem fatos no mundo, pretensão de correção para as normas de ação dirigidas a outrem e pretensão de sinceridade do que é expresso. As duas primeiras, quando problematizadas, conduzem os falantes a um modo de interação lingüística denominado de Discurso em que se justifica, mediante argumentos, que a norma de ação é correta ou que o conteúdo de uma afirmação é verdadeiro, no intuito único de se obter um consenso. ALEXY, valendo-se de todo esse arsenal teórico, concluirá que o direito é um modo de interação lingüística em que os falantes desejam demonstrar que as normas por ele emitidas são justas, de modo que aí subsistem regras de argumentação que conduzem a um consenso e que servem de critério para auferir a correção de uma norma. O direito encontra seu fundamento na justiça. No entanto, o termo correção/justiça é tomado de modo vacilante e ambíguo por parte de ALEXY, o que, além de acarretar grandes diferenças para com HABERMAS no que toca à relação necessária entre direito e moral, tornará de todo prejudicada a teoria da fundamentação do direito defendida por ALEXY.

ABSTRACT

Assuming that both natural law and positivism do not offer convincing foundations for a legal theory the present work attempts an answer to the question of legitimacy and law by looking at different criteria to assess the legitimacy of legal rules. The path taken, in accordance with the prevailing thought in modern legal philosophy, has its leading thread in the Communicative Action theory as developed by Jurgen Habermas. The latter, affiliated to the pragmatic linguistic school, states that every speech is equally an action and language a medium for intersubjective relations, be they of a strategic or communicative dimension. In the communicative dimension are raised truth claims concerning statements which describe facts in the world, claims about the correctness of rules directed towards the behavior of others, and claims about the sincerity of what is expressed. The first two of the claims, when put into question, lead speakers to a sort linguistic interaction named Argumentation, where, through reasons, the correctness of a rule of action or the truthful nature of a statement is asserted, as means of achieving consensus. Alexy, making of this theoretical instruments, will conclude that law is type of linguistic interaction in which speakers aim to demonstrate that rules issued are correct. There are, therefore, rules of argumentation which lead to consensus and offer a criteria to assess the correctness of a rule. Law has its foundation on the idea of justice. However, the binomium correctness/justice is submitted to a rather ambivalent approach by Alexy, which besides implying significant difference with the thought of Habermas regarding law and morality, will greatly impair Alexy's theory of legal justification.

INTRODUÇÃO

Desde que as teorias jusnaturalistas e divinas, as quais caminharam juntas, já não são aceitas na doutrina da Filosofia do Direito contemporânea, e que o positivismo jurídico, berço de seus principais críticos, por sua vez, relegou o direito à vontade daqueles que o formam sem qualquer tipo de limite moral que lhe possa frear o arbítrio, tendo a desvinculação do direito da moral como lema, o Direito como um todo se vê sem legitimidade e com isso a pergunta pela sua fundamentação resta em aberto.

O texto que se segue é motivado por esse questionamento e constitui uma tentativa de solução a partir de um novo horizonte diferente daquele em que se situavam as doutrinas supra citadas. Coloca-se, portanto, como uma alternativa ao direito natural e ao positivismo jurídico.

Esta alternativa traça um novo caminho inspirado em uma nova concepção da linguagem que permite que vários problemas, não só do Direito, mas igualmente da filosofia, possam achar uma melhor solução. A essa Filosofia contemporânea, que já não toma o sujeito como o centro formador de toda a realidade ou fundo de respostas às questões filosóficas, dá-se o nome de Filosofia da linguagem. Dela se diz que realizou uma “virada lingüística” ou que instaurou um paradigma lingüístico.

Vários pensadores se enquadram nesse paradigma, mas no tocante aos problemas da ética, a teoria de Jürgen HABERMAS se destacou como a mais promissora ou, ao menos, a mais debatida nos círculos intelectuais. E é com e a partir dela que se tentará fundamentar a ordem jurídica.

O que o autor de início estuda, valendo-se da minuciosa análise lingüística de AUSTIN, e que se mostrará no primeiro capítulo, é como se dá o uso da linguagem na espontaneidade do nosso dia-a-dia, esclarecendo qual o papel que ela tem na interação entre as pessoas no seu uso mais imediato, função essa que foi vilipendiada pela filosofia até então. Isso ficará claro quando o leitor se deparar com os exemplos que virão no correr do texto, visto que estes remontam a ações praticadas por todos em seu cotidiano.

Como fruto dessa análise da linguagem, somada à idéia de que a linguagem é o elo por meio do qual as pessoas coordenam suas ações, HABERMAS demarca um modo de uso lingüístico denominado de agir estratégico, no qual as pessoas fazem uso da linguagem com vistas não a concordar entre si, mas unicamente a alcançar interesses particulares. Neste caso, a linguagem é essencialmente instrumental ou teleológica.

O autor destaca um outro tipo de uso da linguagem, de todo àquele contraposto, que chama de *agir comunicativo*, em que a comunicação se passa de modo transparente, tem por meta um consenso e onde as pessoas confiam que, se questionadas, elas poderão justificar suas declarações a respeito de fatos objetivos e de seus comandos de ação com base em razões que demonstram que suas afirmações são verdadeiras e seus comandos de ação são corretos, isto é, que as pretensões de verdade e correção, sobre as quais descansa o uso comunicativo da linguagem, podem se fundamentadas.

Desta feita, se alcançará um outro uso da linguagem ou interação por meio dela que foi nomeado por HABERMAS de Discurso, que nada mais é do que um modo de uso da linguagem em que esta já não é utilizada de forma espontânea, pelo contrário, a comunicação se dá de forma mais elaborada e reflexiva a fim de encontrar um acordo genuíno acerca de pretensões de verdade, referente a declarações que descrevem fatos existentes no mundo, e de correção, pertinente a normas de ação dirigidas a alguém. O Discurso surge em razão de que em torno dos atos de fala pode existir um consenso ou um dissenso, caso este último se passe, adentra-se no Discurso com vistas a restaurar o acordo acerca da verdade das declarações ou da correção das normas.

Este consenso que se tem por meta em toda argumentação que se pretenda racional o autor condensou em um *princípio de Discurso*, brevemente intitulado 'D', o qual exprime a exigência de um consenso entre os envolvidos como única forma racional de se solucionar a divergência.

Para tanto, com se verá, os falantes obedecem necessariamente a certas regras de argumentação que se tem como inafastáveis. Aqui, destacam-se a livre inclusão no discurso e a eliminação de meios não

comunicativos. Essas, e algumas outras, encontram seu fundamento em um princípio semelhante ao princípio de não-contradição que remonta a Aristóteles. Princípio este, aliás, pressuposto mesmo por aquele que adota a postura cética e se volta contra a idéia de regras de argumentação necessárias.

Robert ALEXY, mediante uma leitura da teoria do discurso prático, esmiuçou suas regras e os comprometimentos que advêm àqueles que argumentam no discurso, sistematizando regras de fundamentação, compreensibilidade, participação, entre outras mais, que fazem o discurso acontecer.

Exatamente nesse ponto é que se poderá adentrar em um segundo capítulo e analisar uma fundamentação do direito, uma vez que este trata de normas de ação, cuja fundamentação a partir do discurso teve em Robert ALEXY o seu maior nome.

Trilhando o percurso argumentativo de ALEXY será possível obter uma fundamentação das normas jurídicas, do ordenamento jurídico como um todo. A sua tese central será a de que, à maneira do que se passa no discurso, o direito, por ser uma interação lingüística caracterizada por um uso reflexivo da linguagem em que os operadores jurídicos emitem comandos de ação que trazem consigo pretensões de correção passíveis de dúvidas, necessariamente incorpora determinadas regras argumentativas para dirimir os conflitos com vistas a um consenso. As normas do discurso prático podem ser encontradas no interior da atividade jurídica e o direito se torna um caso especial de discurso: o discurso jurídico.

Na visão de ALEXY, este se desdobra em vários níveis; cabe aqui destacar dois. Um primeiro, de confecção das normas que perfazem o direito positivado. Neste, os envolvidos, notadamente os legisladores, devem obedecer a certas regras de argumentação que quando devidamente respeitadas permitem concluir que a norma resultante é de fato legítima, ou seja, o Direito encontra a sua legitimidade por meio do consenso que se instaura em um discurso de acordo com o princípio 'D'.

Já em outro nível, o discurso jurídico se concretiza na formulação das decisões judiciais, e também nestas circunstâncias as regras de argumentação se fazem presentes, já que sem elas não é possível auferir como legítima ou justificada a sentença. Como bem se vê, aqui igualmente está em jogo a fundamentação do Direito, porém, em um de seus momentos discursivos específicos.

Em todos os níveis o autor destaca a necessária pretensão de correção - também importada explicitamente da ética do Discurso -, erguida tanto por parte dos legisladores, quanto por parte dos juízes e demais atores no processo judicial. Ademais, a mencionada pretensão servirá como ponto de apoio para a polêmica tese da relação necessária entre direito e moral, constituindo-lhe traço de natureza essencial e conceitual. Com Gustav RADBRUCH, o autor concluirá que direito extremamente injusto não existe.

Até esse ponto, a resposta ao problema levantado ficou restrita ao princípio do Discurso, 'D', e suas regras de argumentação. Uma vez transposta essa etapa, e já no terceiro capítulo, a problemática será abordada tendo em relação o princípio 'U', igualmente essencial para auferir legitimidade a uma norma que informa o ordenamento jurídico porque atribui-lhe a característica da correção. O termo correção, que até a esta altura permanecera em aberto, ganhará contornos nítidos na leitura do paradigmático texto "Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática", da autoria de HABERMAS, no qual se estabelece a diferença entre o bom e o justo, sendo que correção será sinônimo deste último.

Nesta altura, o texto atinge um ponto crítico em que se tentará mostrar, em duas frentes, como ALEXY faz uma leitura instável e ambígua do dito termo, o que malogra a defendida tese de uma relação necessária entre direito e moral e a própria fundamentação deste.

O primeiro problema que surge refere-se à correção da decisão judicial frente a ordenamentos jurídicos que não são justos ou corretos. Isto é, nestes casos, deve a decisão se subjugar ao ordenamento ou então, em nome de justiça, se sobrepujar a ele? ALEXY parece não responder satisfatoriamente a esse problema ao sustentar que a sentença ora deve ser correta em si mesma, isto é,

absoluta, ora correta tendo por referência o direito positivo, sendo que este último caso só é possível com um legislador racional, tese esta que, como se verá, ALEXY não acatou. Nesta segunda hipótese dá-se a entender que a relação entre direito e moral não é necessária como apregoada pela tese do caso especial, mas sim relativa.

O segundo aspecto do mesmo problema será inicialmente abordado por meio de uma análise de como se dá a fundamentação das sentenças que têm por base os princípios jurídicos e como o autor entende a natureza dessas normas. Para se aproximar melhor da questão, será feita uma apresentação do método da ponderação defendido por Alexy, no qual a essência dos princípios aparece com todas as suas características, notadamente a de serem mandamentos de otimização. Demonstrar-se-á, em seguida, o modo como HABERMAS concebe os princípios jurídicos ao mesmo tempo em que estabelece fortes distinções entre a sua concepção e a de ALEXY.

A partir disso, se concluirá no sentido de que a ponderação traz insegurança jurídica, um certo enfraquecimento da força normativa dos princípios, e que, por essas mesmas razões, não pode ser coadunada com a tese da pretensão de correção e da relação necessária entre direito e moral, pondo-se em xeque a importante teoria de ALEXY. Não obstante alguns argumentos levantados pelo autor em prol de uma aproximação destas noções, dentre eles a universalização dos valores, a objeção não poderá ser satisfatoriamente respondida, tendo em vista que muitas das asseverações do autor sobre o problema, sobretudo seu conceito acerca da justiça, não podem ser concluídas a partir da linguagem, mostrando-se, no mais das vezes, contrário a ela.

1. O DISCURSO

1.1 A LINGUAGEM SOB UM NOVO OLHAR

1.1.1 - A pragmática lingüística

Não é de se espantar o fascínio que a matemática exerceu sobre os filósofos da modernidade. O almejado pensamento que demonstrasse certeza e exatidão¹ teve nela o seu maior exemplo. René DESCARTES, no seu *Discurso do Método*, obra redigida tendo em vista o *modo* como o raciocínio deve proceder, a quais regras deve obedecer, para obtenção de um conhecimento universalmente válido e certo, diz que: “Comprazia-me sobretudo com as Matemáticas, por causa de certeza e da evidência de suas razões (...)”².

Sabe-se que a matemática para os gregos era algo igualmente peculiar, porém nisso ainda persiste uma diferença para com o pensamento que nós chamamos de modernidade. Hans-Georg GADAMER esclarece esse ponto ao mostrar que para os gregos a matemática era a única ciência verdadeira em razão de seu objeto mesmo, o qual é “puramente racional”, ao passo que os objetos das “ciências da natureza” e a história não o eram. Já com a modernidade as coisas se passam de modo diferente, o que provoca o interesse não é tanto o seu objeto, mas sim o *modo* como ela procede, o seu método³. Ora, se na matemática

¹ “E continuarei sempre nesse caminho até que tenha encontrado algo de certo, ou, pelo menos, se outra coisa não me for possível, até que tenha aprendido certamente que não há nada no mundo de certo”. DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. P. 99. In: *Os Pensadores*. Abril Cultural, 1973. Tradução: J. Guinsburg e Bento Prado Junior. Ainda: “Por isso, desde a formulação clássica dos princípios de certeza de Descartes, o verdadeiro *ethos* da ciência moderna passou a ser o fato de que ela só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz o ideal de certeza”. GADAMER, Hans-Georg. *O que é a verdade?* In: *Verdade e Método*, vol 2. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP; 2002, p. 62.

² DESCARTES, René. *O discurso do método*. In: _____. *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 27.

³ “De imediato, a ciência criada pelos gregos é completamente diferente do nosso conceito de ciência. A ciência verdadeira é a matemática. Não é a ciência da natureza, e muito menos a história. O seu objeto é um ser puramente racional, (...). O que caracteriza a ciência moderna, ao contrário, é o fato de a ciência moderna se constituir um modelo, não pelo ser de seus objetos, mas como o *modo* mais perfeito de conhecimento”. GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 61. A relação entre método e conhecimento foi esclarecida também por NIETZSCHE nas seguintes palavras: “O que distingue o nosso século XIX não é a vitória da ciência, mas sim a vitória do

encontrou-se evidência e certeza, o seu método deve servir como exemplo, modelo e parâmetro a todas as áreas do saber que almejam um conhecimento inabalável.

Com isso, as regras do raciocínio lógico-formal da matemática, com a sua clareza, se tornaram o único critério importante para se ter em mãos um raciocínio correto, um inigualável parâmetro para correção deste. Este, em todos os seus campos ou áreas, precisa ser tão evidente e certo como o é na matemática e na geometria. Ou seja, toda a preocupação com o conhecimento e o pensamento se viu em última instância restrita e limitada à análise sob esse viés; as regras da lógica formal são os principais critérios sobre as quais devemos nos ater a fim de garantir um conhecimento sólido.

Essa mesma ânsia por um conhecimento indubitável da realidade findou por conceber a linguagem/raciocínio somente sob um aspecto, qual seja: a de que as falas, os pensamentos, estão sempre descrevendo e se referindo aos objetos à volta e que por isso são passíveis de verdade ou falsidade. Tendo, por óbvio, estes mesmos objetos como critério para tal aferição.

Estas compreensões começaram a ruir no século XX, principalmente nas filosofias de Martin HEIDEGGER e Ludwig WITTGENSTEIN.

Este último merece uma pequena menção, pois a maneira como este pensara a linguagem, mais precisamente na segunda fase de seu pensamento, tomando-a por um lado nunca antes observado, gerou profundas mudanças na filosofia, o que até mesmo fomentou o surgimento de uma nova corrente filosófica, a filosofia analítica e de um novo paradigma, o da filosofia da linguagem⁴. As novidades trazidas por WITTGENSTEIN se colocam justamente contra aquilo que os filósofos tradicionalmente enxergavam na linguagem.

método científico sobre a ciência". NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Tradução: Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 255.

⁴ A expressão filosofia da linguagem guarda outros sentidos para além daquele entendido pela pragmática linguística apresentado no presente trabalho. Cf. SERBENA, Cesar Antonio. *Da filosofia da linguagem a linguagem do direito*. In: Ricardo Marcelo Fonseca (org.). *Direito e Discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

No livro *Investigações Filosóficas*, do chamado segundo WITTGENSTEIN, - haja vista que este renegou o “*Tractatus lógico-philosophicus*”, obra de grande peso do autor - foram expostos aspectos muito importantes da linguagem que até então se mantiveram esquecidos para uma tradição que não conseguiu desviar os olhos das relações lógico-formais da linguagem e seu papel de instrumento de asserções de verdade/falsidade. Diferentemente, o que o filósofo austríaco pretende é explicar o *funcionamento* da linguagem, mostrar o que realmente “se faz” quando falamos, nos comunicamos ou expressamos alguma idéia a respeito de algo.

Um conceito-chave que WITTGENSTEIN usa na elaboração da sua filosofia é o de “jogos de linguagem”. Com este termo, ele quer mostrar as variadas funções que a linguagem desempenha e que acabam por exercer um papel primordial na própria formação do mundo. Em brevíssimas palavras, jogos de linguagem designam o contexto ou rede dentro do qual os enunciados desempenham suas funções e ganham sentido ou significado. No parágrafo 23 da obra em questão ele cita, não de modo exaustivo, as diversas funções que a linguagem exerce quando estamos falando. São algumas: “Dar ordens e obedecê-las – descrever – contar uma história – cantar – traduzir – saudar – orar”.⁵ Pode-se compreender facilmente que cada expressão acima indica diferentes usos da linguagem e que cada uso se dá em diferentes contextos, e somente dentro destes as frases e palavras ganham sentido e se tornam compreensíveis.

A menção de WITTGENSTEIN aqui é somente em razão de se fazer justiça a este pensador que lançou as bases do que mais interessa a este escrito, tornando possível a outros que desenvolvessem um pensamento mais “organizado”, sistemático e com direcionamentos mais claros. Aliás, com vistas a apresentar as raízes do pensamento habermasiano de forma mais específica e determinada, o objetivo principal aqui, toma-se por objeto a obra do inglês John. L. AUSTIN (1911-1960), grande devedor da obra do filósofo austríaco.

⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 35.

Ele tampouco nos deixou uma obra sistemática de filosofia, tal como os gênios da modernidade o fizeram, porém AUSTIN expôs a questão de maneira conceitualmente mais precisa do que o precursor WITTGENSTEIN. Dentre suas obras, ganha destaque a coletânea de conferências que ele proferiu na Universidade de Harvard no ano de 1955. Elas foram reunidas sob o título *How to do things with words*, o qual foi vertido para o português como “*Quando dizer é fazer*”.

Deve-se ter em mente aqui, para uma clara apreensão do texto de AUSTIN, a distinção conceitual entre *sentença* (sentence), *declaração* (statement) e *proferimento* (utterance). Sentença é “uma unidade lingüística, possuindo estrutura gramatical e dotada de significado”; é uma frase em abstrato, não importando o caso em que é dita ou usada. A declaração é o uso da sentença para asserir; as declarações são sempre verdadeiras ou falsas. Na esteira da tradição, a sentença foi constantemente tomada como algo usado para afirmar ou para negar algo. Já o proferimento é a emissão da sentença por um indivíduo em casos particulares e determinados; a diferença entre proferimento e os demais conceitos é que este diz respeito a um ato concreto e delimitado, ao passo que os outros são pensados em abstrato, desconsiderando as condições do proferimento e quem o profere⁶.

A novidade que AUSTIN veio apontar é que nem todas as sentenças são utilizadas para afirmar ou negar, isto é, nem todas as sentenças são declarações⁷. Ele traz os seguintes exemplos:

- a) “Aceito esta mulher como minha legítima esposa” – no caso de um casamento.
- b) “Batizo esse navio com o nome de Rainha Elizabeth” – na situação de se quebrar uma garrafa contra o casco de um navio.
- c) “Lego a meu irmão este relógio” – na circunstância de um testamento.

⁶ AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer*. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, p. 21.

⁷ “Passou-se geralmente a considerar que muitos proferimentos que parecem declarações não têm, ou têm apenas em parte, o propósito de registrar ou transmitir informação direta acerca dos fatos”. *Ibidem*, p. 22.

d) “Aposto cem cruzados que vai chover amanhã”⁸.

Basta olhar esses modelos para se dar conta de que essas declarações, - afinal elas são o uso de uma sentença – não descrevem nada de uma realidade independente de quem fala, não visam constatar nenhum acontecimento ou fato. Nas palavras de AUSTIN:

“Já se reconhece que muitas palavras que causam notória perplexidade quando inseridas em declarações aparentemente descritivas não se destinam a indicar algum aspecto adicional particularmente extraordinário da realidade relatada, mas são usadas para indicar (e não para relatar) as circunstâncias em que a declaração é feita.”⁹

No contexto do positivismo, essas sentenças que não pudessem ser passíveis de averiguação seriam pseudo-declarações, pois estas não são verificáveis e não dizem respeito a um conhecimento no sentido exato do termo, tornando-as de todo desinteressante para aqueles que buscavam um conhecimento válido para todos¹⁰. Tal maneira de entender a linguagem AUSTIN denominou de falácia descritiva, a qual consiste em cair no engano de que a única função da linguagem é descrever fatos da realidade à nossa volta¹¹.

Aliás, elas nem mesmo estão descrevendo a ação de quem fala, quando alguém diz “aposto cem...” ou “lego a meu irmão...”, este alguém não está descrevendo sua ação de apostar ou de legar um objeto a outra pessoa e conseqüentemente a declaração não é para afirmar que está praticando uma ação¹².

É importante atentar para algo que foi dito acima apenas nas entrelinhas. Explicou-se que o que é dito não descreve a *ação de quem fala*, isto significa que quem fala está realizando uma ação. Por meio dos exemplos, a explicação seria que quando uma pessoa em uma cerimônia de casamento diz “Aceito esta mulher...”, esta pessoa não está relatando um acontecimento, não se lê na

⁸ Ibidem, p. 24.

⁹ Ibidem, p. 22-23.

¹⁰ Ibidem, p. 23.

¹¹ Idem.

¹² “Estes exemplos deixam claro que proferir uma dessas sentenças (...) não é *descrever* o ato que estaria praticando ao dizer o que disse, nem declarar que o estou praticando: é *fazê-lo*”. Ibidem, p. 24.

sentença as palavras “eu estou me casando”, sua intenção não é essa. O que ocorre é que ele está se casando, ele realiza o ato de se casar. Da mesma maneira devemos entender os demais exemplos. Quem, quebrando uma garrafa num casco de um navio, diz “Batizo esse navio com o nome de...”, está praticando um ato de batizar e não propriamente descrevendo um acontecimento de batismo; dizer “eu aceito essa mulher...” é se casar, e não simplesmente fazer uma constatação de um fato¹³. Nesses casos em tela, o que se está a fazer não está descrito objetivamente nas sentenças.

A esses proferimentos AUSTIN deu o nome de performativos. Pois eles constituem uma ação, uma performance de quem fala¹⁴; quem faz um proferimento performativo executa um *ato de fala*, diferentemente, a princípio, da constatação. De acordo com tudo o que foi afirmado, é possível dizer que tais sentenças performativas não podem ser verdadeiras e nem falsas no sentido exato do termo¹⁵, haja vista que elas não descrevem ou relatam um fato que lhes serviria de critério de verdade ou falsidade, ou seja, falta-lhes a referência.

Todavia, isso não afasta a idéia de que nesses casos pode se dar algo semelhante ao caráter de verdade e falsidade das declarações; refere-se aqui ao que AUSTIN chamou de felicidade e infelicidade dos proferimentos performativos.

Para melhor explicar o que vem a ser isso, novamente recorre-se aos exemplos encimados. A partir deles foi sustentado que quando se fala algo, se está também fazendo algo, e isso sempre se dá numa determinada circunstância: no caso de uma cerimônia, numa situação de testamento, entre outras ocasiões. A realização de um ato só se dá em contextos que sejam adequados para tanto, ou seja, não se faz uma aposta ou se aceita um pedido de casamento fora de alguma conjuntura ou numa situação não propícia para tal. Esse contexto é decisivo para a realização do ato; caso não seja, não é lícito afirmar que o ato foi feliz, ainda que tenha sido praticado. Não basta o mero emitir de palavras para um ato de fala ser bem sucedido, mesmo que ele, quando visto sob a ótica da sua

¹³ Ibidem, p. 29.

¹⁴ “Evidentemente que este nome (“performativo”) é derivado do verbo inglês ‘to perform’, verbo correlato do substantivo ‘ação’, e indica que ao se emitir o proferimento está-se realizando uma ação...”. Ibidem, p. 25.

¹⁵ Ibidem, p. 29.

lógica interna ou até mesmo gramaticalmente, esteja correto. Nas palavras do autor:

“(...) há alguns anos começamos a perceber cada vez com mais clareza que a ocasião de um proferimento tem enorme importância, e que as palavras utilizadas têm de ser até certo ponto ‘explicadas’ pelo ‘contexto’ em que devem estar ou em que foram realmente faladas numa troca lingüística.”¹⁶

Existe, portanto, uma necessária dependência do proferimento performativo e a situação dentro do qual ele se dá. E desde essa relação entre o contexto e o proferimento é que os atos podem ser infelizes ou felizes, fracassarem ou não.

Dentre as condições para um ato ser bem sucedido ou feliz na sua realização, AUSTIN indica a existência de “um procedimento convencionalmente aceito”¹⁷. As pessoas devem também ser adequadas a este procedimento (no caso de um casamento, o indivíduo somente se casará caso o ato seja dirigido por um padre e não por qualquer outra pessoa). A discrepância entre um ato de fala e o meio torna o ato infeliz.

Afora estes critérios, há outros de natureza diversa e que também trazem algumas exigências para que o ato de fala se realize com êxito. São as chamadas implicações, as quais AUSTIN dividiu em três classes: implicações lógicas, implicações e pressuposições.

A primeira, como o próprio nome diz, aponta para algumas exigências da lógica formal, pois, muito embora tenha se lançado para além dela, AUSTIN não tem por escopo revogá-la, mas sim eliminar a sua exclusividade, o que ainda mostra seu respeito para com estas leis do raciocínio. Assim sendo, o princípio da não-contradição encontra lugar na filosofia de do autor inglês. Tal como ele mesmo exemplifica, se é dito “todos os homens enrubescem”, com isso traz-se também a idéia de que “alguns homens enrubescem”; caso isso não seja assentido, encontramos-nos em contradição, uma vez que não é possível dizer que “todos os homens enrubescem” e “alguns homens não enrubescem”.¹⁸

¹⁶ Ibidem, p. 89.

¹⁷ Ibidem, p. 31.

¹⁸ Ibidem, p. 53.

Ao outro tipo de exigência o pensador deu o título genérico de implicações. Nesta espécie, não se está a impor exigências da lógica formal, mas sim de outra natureza, qual seja: a da crença daquele que diz naquilo que ele diz; é o caso da contradição que existe na seguinte frase: “o gato está sobre o tapete, mas eu não acredito nisso”¹⁹. É preciso sinceridade do falante. Todavia, não se deve confundir a crença no que se afirma com a verdade daquilo que é afirmado, porque é possível o engano, sem que o indivíduo se dê conta dele.

A terceira espécie de regra não traz grandes problemas e é chamada de pressuposição. Ela diz respeito à aceitação das noções ou informações a respeito dos fatos que uma sentença traz; para se asseverar algo, é exigida a verdade de certas coisas. Mais uma vez AUSTIN esclarece mediante exemplos: dizer que “todos os filhos de João são calvos” pressupõe que ele tenha filhos²⁰.

As postulações de até o momento a respeito dos atos de fala e seu caráter performativo em contraposição aos proferimentos constatativos foram feitas de modo imediato pelo autor nas conferências. Há um caráter de provisório no que foi dito²¹. No decorrer das palestras, AUSTIN se vê na dificuldade de diferenciar proferimentos performativos dos constatativos de maneira mais rigorosa e para tanto levanta o critério gramatical, ou ainda esboça uma lista de verbos que identifiquem e caracterizem um proferimento como performativo²², entre outras soluções propostas. Todavia, esse percurso realizado pelo autor não interessa aqui, haja vista que ele não é o objetivo mor da presente dissertação, e, por essa razão, a seguir serão expostas as conclusões às quais ele chegou e que permitiram a formulação de conceitos utilizados por HABERMAS na concepção da sua teoria do agir comunicativo.

O que AUSTIN concluiu a respeito das questões que levantou foi que na verdade não existem critérios tais que possam pôr atos performativos de um lado

¹⁹ O exemplo de AUSTIN é constantemente lembrado e utilizado por outros teóricos, inclusive Karl-Otto APEL, Jürgen HABERMAS e Robert ALEXY, sendo que os dois primeiros trarão essa idéia sob a noção de contradição performativa para a fundamentação da ética do Discurso desenvolvida por eles.

²⁰ AUSTIN, J. L., op. cit., p. 53-54.

²¹ “Tudo quanto foi dito nessas seções é provisório e sujeito à reformulação à luz das seções posteriores”. Ibidem, p. 23.

²² Conferir as conferências V, VI e VII.

e declarações de outro, pois não há essa distinção²³; o que ocorre é que tais atos são *dimensões de um único proferimento*, são características que perfazem todo o ato de fala e não se dão separadamente. Ou seja, não existem sentenças unicamente descritivas que ao mesmo tempo não manifestem um ato performativo, toda sentença que se pretende descrever algo traz também a realização de uma ação por parte do falante: “Uma vez que percebemos que o que temos que examinar *não* é a sentença, mas o ato de emitir um proferimento numa situação lingüística, não se torna difícil ver que declarar é realizar um ato”.²⁴

1.1.2 – Aspectos dos atos de fala

A partir da compreensão de um ato de fala como totalidade, foi possível ao autor identificar vários aspectos de um mesmo ato de fala. No que diz respeito ao que é dito expressamente na sentença, quanto ao conteúdo semântico do ato de fala, AUSTIN denominou esse aspecto de ato *locucionário*. Caso tomemos o ato de fala sob o aspecto da ação que se realiza enquanto se diz algo, está se fazendo referência ao aspecto *ilocucionário* desse ato de fala. Isso significa que, muito embora distintas, tais dimensões da linguagem não se dão isoladamente.

Ora, se não há na fala uma rígida separação entre a performance realizada e a proposição enunciada, a compreensibilidade de qualquer sentença deixa de residir exclusivamente na proposição, de modo que o contexto em que o ato é executado, as condições para que um ato de fala seja bem sucedido, também contribuem para a compreensibilidade ou incompreensibilidade do que é dito. Em outras palavras, no momento em que atos ilocucionários estão ligados a atos locucionários num mesmo ato de fala, os critérios de compreensibilidade também se juntam e não basta a mera relação ou possibilidade de verificação do que é dito em fatos empíricos para a sua compreensão. A inteligibilidade de um enunciado

²³ HABERMAS diz que: “Este dualismo não pôde ser mantido”. HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 119.

²⁴ AUSTIN, J. L, op. cit., p. 115.

extrapola sua coerência interna e sua mera relação com os fatos, localizando-se também no contexto de proferimento.

Além destes dois aspectos constitutivos do ato de fala, resta ainda falar de um terceiro ao qual AUSTIN chamou de aspecto *perlocucionário*. Como foi dito, um ato de fala sempre se realiza em um contexto, numa dada situação e perante outras pessoas que são os ouvintes ou os interlocutores daquele que profere o enunciado. Aquilo que é dito, por conseguinte, pode gerar efeitos sobre os sentimentos, pensamentos ou ações dos ouvintes²⁵, fazendo com que estes sejam afetados de algum modo pelo o que é dito. E essa propriedade do ato de fala AUSTIN denominou perlocução, que diz respeito às conseqüências produzidas por um ato de fala e que pode ser explicitada no seguinte exemplo: ao momento em que um falante realiza um ato de emitir uma ordem a outro (“Atire!”), ele simultaneamente, mas não necessariamente, faz com que o outro se comporte do modo desejado na ordem (“Ele me persuadiu a atirar”).

A introdução desta terceira noção na teoria dos atos de fala não é tão simples, pois não é facilmente demarcável a distância entre ela e o aspecto ilocucionário do ato de fala. HABERMAS tenta demarcá-la sustentando que os efeitos “gerados” pela força ilocucionária de um ato de fala são diferentes de perlocuções. As perlocuções são efeitos ou conseqüências que se enquadram numa rede causal entre a fala e a atitude do ouvinte. Esta relação causal, que não é mecanicista e nem caracterizada de necessidade como as relações observadas na natureza, não é encontrada quando vislumbramos atos ilocucionários, pois não ocorre que da realização de um ato de fala venha a surgir, ao modo de uma relação de causa e efeito, um outro ato de fala. “O ato ilocucionário ‘tem efeito’ de certas maneiras, o que se distingue de produzir conseqüências no sentido de provocar estado de coisas de maneira ‘normal’, isto é, mudanças no curso normal dos acontecimentos produzidas por meio da causalidade natural.”²⁶

Ao se voltar os olhos sobre os atos ilocucionários, encontra-se um ‘efeito’ diferente, qual seja: o de tornar compreensível o significado e a força da ilocução.

²⁵ Ibidem, p.89.

²⁶ AUSTIN, J.L, op. cit, p. 100.

Dito de outro modo, ao realizar um ato de fala, o falante quer se fazer entender na sua ação.²⁷

De tudo o que foi dito, o importante para a introdução na teoria do agir comunicativo e que se deve guardar é que um ato de fala é um conjunto de elementos essencialmente lingüísticos que expressam um conteúdo, o que é dito (dimensão locucionária da linguagem), comportam uma ação de quem fala enquanto diz algo (dimensão ilocucionária da linguagem) ao mesmo tempo em que provocam algum efeito nos ouvintes (dimensão perlocucionária da linguagem).

1.2. A RAZÃO COMUNICATIVA EM JÜRGEN HABERMAS

1.2.1 - Teoria do agir comunicativo

Há várias maneiras de ser introduzido ao pensamento habermasiano, mas no presente trabalho se tomou por porta de entrada a teoria dos atos de fala, pois a partir dela será possível explicar e fundamentar o conceito de agir comunicativo que interessa aqui. Mas qual a relação entre atos de fala e agir comunicativo?

Ao analisar os atos de fala, foi possível compreender que a linguagem não exerce uma função somente descritiva, mas que ela também consiste em uma ação que se realiza enquanto se fala e os efeitos oriundos da fala. A linguagem tampouco é unicamente um elemento que está presente nas relações que um indivíduo trava com os objetos a sua volta, pois, a partir do que foi mostrado acima, a linguagem é um elemento que promove também a interação e ligação entre as pessoas, e não somente entre estas e objetos. Com isso se quer dizer que a linguagem é o elo, o medium, no qual as pessoas se relacionam umas com as outras. Mais, ela é o mecanismo com o qual as pessoas podem coordenar suas ações, agir no mundo, solucionar seus conflitos e conquistar seus objetivos.

²⁷ A respeito dos 'efeitos' dos atos ilocucionários, AUSTIN afirma: "Em geral o efeito equivale a tornar compreensível o significado e a força da locução. Assim, a realização de um ato ilocucionário envolve assegurar a sua *apreensão*". Idem, p. 100.

De acordo com o modo pelo qual a linguagem é empregada nas interações por ela mediadas entre os indivíduos, surgem dois diferentes tipos de interações lingüísticas: o agir estratégico e o agir comunicativo.

A seguinte passagem ilustra o que HABERMAS entende por agir estratégico:

“Na medida em que atores estão exclusivamente orientados para o *sucesso*, isto é, para as conseqüências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente, por meio de armas ou bens, ameaças ou seduções, (...). A coordenação das ações de sujeitos que se relacionam e dessa maneira, isto é, *estrategicamente*, depende da maneira como se entrosam os cálculos de ganhos egocêntricos”.²⁸

A expressão que o autor utiliza para esclarecer o agir estratégico é *sucesso*, isto porque nesse tipo de agir as pessoas que se relacionam umas com as outras querem principalmente alcançar seus objetivos, podendo ser bem ou mal sucedidas nas suas tarefas realizadas a fim de alcançá-los. Mas esses objetivos são, no dizer de HABERMAS, egocêntricos, pois eles satisfazem aos interesses unicamente do falante, não necessariamente se importando com o bem ou interesse dos outros envolvidos na situação; aquele que age estrategicamente tem em vista primariamente os seus ganhos e como fará para conquistá-los. É uma espécie de interação em que um indivíduo quer influenciar o outro de maneira a fazer com que este aja de acordo com os seus interesses.

É importante ressaltar aqui que o falante que age estrategicamente pode se valer de vários meios para se sair bem sucedido nas suas ações, inclusive meios não-lingüísticos como armas ou a força física; são *estratégias* para se alcançar algo que se deseja. Os outros indivíduos podem alguns dos meios que se usam para alcançar uma finalidade querida pelo agente. Mais precisamente, com a linguagem uma pessoa ameaça a outra, realiza uma chantagem, oferece gratificações para que esta aja conforme seus interesses, ou até mesmo a engana a respeito das suas verdadeiras intenções, e por meio desses motivos é que os que agem estrategicamente acreditam que conseguiram atingir seus objetivos, acredita-se na eficácia dessas ações.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 164-165.

O agir estratégico, por ser marcado por uma racionalidade de meio e fim, diz respeito às intenções do agente, aos fins perlocucionários dos atos de fala expostos acima, ou seja, os falantes buscam apenas fins perlocucionários dos atos de fala, procuram causar certos efeitos no ouvinte de modo que este realiza determinadas ações. Pela fala, que nessa situação é eminentemente um meio de transmissão de informações, um indivíduo realiza ou exerce uma influência sobre o outro.

Tome-se, como exemplo de agir estratégico, o seguinte ato de fala proferido por 'F' (falante) dirigido ao ouvinte 'O': "Eu ordeno que você dê dinheiro a Y".²⁹ Deste ato de fala, deste comando ou ordem, podem advir três tipos de efeitos perlocucionários. O primeiro deles diz respeito ao mais simples de todos, qual seja: 'O' realiza a ação ordenada, dar dinheiro a 'Y'. Isto é, 'F' conseguiu o que desejava, foi bem sucedido no seu ato de fala, pouco importando os modos como ele alcançou esse efeito. Além disso, pode ser que advenha outro efeito que é inesperado para ambos os participantes, um efeito que pode ser chamado de contingente, não desejado por nenhum dos envolvidos e de certo modo indiferente para eles; por exemplo, o fato de que, com essa atitude, 'O' agrade a sua mulher. Por fim, um terceiro tipo de sucesso perlocucionário resta possível, que seria o caso de que 'Y' realizasse um assalto com o dinheiro recebido. Neste caso, essa informação está velada no diálogo travado entre os participantes, ele não está explícito, pois caso estivesse, era provável que 'F' não conseguisse o que buscava.

Todos esses efeitos, mesmo que alguns não tenham surgido direta e imediatamente do aspecto locucionário do ato de fala, são ligados a ele e só seriam possíveis graças à linguagem que mediou e coordenou as ações das pessoas. Nas ações acima, 'F' influenciou 'O' a agir de determinada forma para com isso ter em mãos seus objetivos particulares.

O outro tipo de interação lingüística exposta por HABERMAS é a denominada ação comunicativa. A ação comunicativa, deve-se frisar, não é um outro olhar sobre um mesmo ato, o que levaria a afirmar que esses conceitos de

²⁹ HABERMAS, Jürgen. Pensamento..., p. 73.

agir comunicativo e agir estratégico são observações feitas de diferentes perspectivas sobre uma mesma e única ação. De fato, não é esse o caso, pois esses conceitos excluem-se mutuamente.³⁰

Quando o que está em questão é o agir comunicativo, já não se está a falar de um modo de interação que admite ameaças, gratificações, chantagens ou mentiras. De maneira diferente, os atores se deixam levar pela racionalidade que está contida no aspecto ilocucionário do ato de fala.

A fim de explicitar o que vem a ser exatamente a força ilocucionária do ato de fala, é essencial recorrer, como o fez HABERMAS, à teoria dos atos de fala de John R. SEARLE.

Na sua obra “Actos de fala”, SEARLE apresenta um exemplo que é paradigmático em mostrar a força ilocucionária inerente à própria linguagem. Refere-se aqui ao ato de fala que realiza uma promessa. Resumidamente, o autor diz que quando um falante promete algo, a promessa é feita independentemente se ele tinha ou não a intenção de cumprir a sua promessa; de outro modo, mesmo que ‘F’, ao tempo em que realiza uma promessa, não pretenda cumpri-la ou já sabe que não vai poder cumprir o que foi prometido, o fato é que a promessa foi feita e o ouvinte a entendeu como tal em razão do que foi dito, do próprio ato de fala, o qual, por assim dizer, se auto explica, é auto referente. O próprio ato de fala no seu aspecto ilocucionário demonstra qual ato está sendo realizado, sem recorrer para tanto às intenções daquele que fala³¹. Eis um dos pontos em que fica esclarecida o que é a reviravolta lingüística e por que se vive o tempo do paradigma da linguagem, pois a própria estrutura da linguagem fornece regras que

³⁰ Nas palavras de HABERMAS referindo-se aos ditos modos de interação: “Vistos nas perspectivas dos participantes, os dois mecanismos, o do entendimento motivador da convicção e o da influenciação que induz o comportamento, excluem-se mutuamente”. (grifo nosso) Ibidem, p. 71.

³¹ HABERMAS, na seguinte passagem, mostra a preponderância do sentido do ato de fala sobre a intenção do seu falante: “Uma ação de fala não pode ser analisada adequadamente seguindo o modelo da atividade orientada para um fim, porque o significado contedutístico daquilo que o falante gostaria de dar a entender a um destinatário não se desfaz no conteúdo subjetivo de uma intenção do falante. Searle descrevera a compreensão de uma ação de fala, seguindo neste ponto Austin, como sendo o fim ilocucionário, que resulta primariamente daquilo que é dito e não da intenção do falante”. Ibidem, p. 136.

se sobrepõem às faculdades ou intenções do sujeito, as quais já não são mais determinantes. Nas palavras de SEARLE:

“Uma promessa envolve uma expressão de intenção, sincera ou insincera. Portanto, para explicar promessas insinceras, precisamos apenas de rever as nossas condições para afirmar que o falante assume a responsabilidade por ter a intenção, em vez de afirmar que ele realmente a tem. Um indício de que o falante assume mesmo essa responsabilidade é que ele nunca poderia dizer, sem que fosse absurdo, algo como: «Prometo fazer A, mas não tenho a intenção de fazer A». dizer: «Prometo fazer A» é assumir a responsabilidade pela intenção de fazer A, essa condição vale, quer a emissão tenha sido sincera ou insincera.”³²

Tomando o caso do ato de fala da promessa como paradigmático, HABERMAS se permite dizer que o mesmo ocorre com outros atos de fala, tais como os constatativos e os imperativos.

Em assim sendo, fica evidente como a vontade subjetiva e particular é indiferente para o sentido do ato de fala, noções estas as quais podem ser pensadas separadamente. Em extensão, todos os atos de fala possuem uma força ilocucionária cujo teor extrapola as particularidades do falante e que guia o falante. HABERMAS expõe essa idéia nas seguintes palavras: “Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita”.³³

No agir comunicativo, já não se fala apenas em alcançar um estado de coisas no mundo; pelo contrário, neste caso é lícito falar também em acordo.

Nos casos em que uma pessoa procura chegar juntamente com outra a uma convicção, ela deseja que aquele a quem ela se dirige aceite livremente e concorde com o que é dito ou ordenado, sem que para tanto se valha de subterfúgios, ameaças ou omissão de informações essenciais para a ação a se realizar.

³² SEARLE, John R. Os actos de fala – um ensaio de filosofia da linguagem. Tradução de Carlos Vogt, Ana Cecília Maleronka, Balthazar Barbosa Filho, Maria Stela Gonçalves e Adail Ubirajara Sobral. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 83.

³³ HABERMAS, Jürgen. Consciência moral..., p. 79.

Este acordo, como já deve estar claro, só é possível pela interação gerada pela linguagem e não por elementos estranhos a ela, isto é, não-linguísticos; quando se está a falar do papel da linguagem no modo de interação voltado para o entendimento mútuo, não se tem em mente efeitos perlocucionários, isto é, se entender com alguém a respeito de um enunciado lingüístico não diz o mesmo que gerar ou causar um efeito no ouvinte unicamente com a intenção de se realizar um estado de coisas no mundo. A instauração do acordo lingüístico não é uma relação de causa e efeito e, portanto, não pode ser algo imposto “de fora”, o que marca um distanciamento mais claro entre agir comunicativo e agir estratégico.³⁴

Ora, por não ser uma relação de causa e efeito entre falantes, a motivação para um acordo não se encontra no aspecto perlocucionário do ato de fala. Totalmente distinta, essa interação é motivada pela força ilocucionária do ato de fala. HABERMAS expõe essa noção de forma muito clara na seguinte passagem: “Então, eu considero como ação comunicativa aquelas interações mediadas lingüisticamente, nas quais os participantes buscam fins ilocucionários, e *somente* fins ilocucionários, com seus atos de comunicação mediadores”.³⁵ De forma mais explícita, o acordo querido na interação comunicativa não é obtido por nenhum meio exceto meios ilocucionários.

Retomando o exemplo supra do falante ‘F’ que ordena ao ouvinte ‘O’ que este dê dinheiro a Y, o fato de o ouvinte entender e aceitar a ordem do falante ‘F’ aponta para a força ilocucionária da linguagem³⁶, ou seja, acordo e aceitação são ‘resultados’ possíveis somente em razão da força ilocucionária da linguagem.

Segundo HABERMAS, este é o uso originário/natural da linguagem, haja vista que a força ilocucionária do ato se sobressai e faz com que o uso estratégico

³⁴ HABERMAS afirma: “Na perspectiva dos participantes, um consenso não pode ser imposto de fora, num impingido por uma das partes”. Ainda: “O que manifestamente se realiza através da influência externa (gratificação ou ameaça, sugestão ou engano), não pode contar intersubjetivamente como consenso; tal intervenção perde seu efeito em termos de coordenação da ação”. Ibidem, p. 129.

³⁵ “Thus I count as communicative action those linguistically mediated interactions in which all participants pursue illocutionary aims, and *only* illocutionary aims, with their mediating acts of communication”. HABERMAS, Jürgen. *Theory of communicative action*. Tradução: Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987, p. 295.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento...*, p. 73.

da linguagem, o qual a subjugua a interesses particulares do falante, seja um uso parasitário desta, uma vez que o uso estratégico só é possível graças a um uso comunicativo voltado para o entendimento mútuo que lhe é anterior e que somente permanecendo velado faz possível o êxito do agir estratégico:

“Agora bem, os atos de fala só podem servir a este fim não-ilocucionário de exercer uma influência sobre o ouvinte, se são aptos para a consecução de fins ilocucionários. Se o ouvinte não entendeu o que o falante disse, nem, ainda, atuando teleologicamente poderia o falante se servir de atos comunicativos para induzir o ouvinte a se comportar da forma desejada. Nesse sentido, o que a princípio chamávamos ‘emprego da linguagem orientado para as conseqüências’ não é um modo originário do uso da linguagem, mas sim a subsunção de atos de fala que servem a fins ilocucionários sob as condições da ação orientada ao êxito”.³⁷ (tradução nossa)

A força do convencimento mediante argumentos reside na própria linguagem e é auto-referente. Essa outra força motivadora, em consonância com o pensamento de AUSTIN tal como exposto no capítulo anterior, engendra outros “efeitos” distintos daqueles resultantes de meio não lingüísticos, daí que o convencimento e acordo não podem ser chamados de efeitos que um falante causa sobre outro nos moldes de uma interação estratégica.

No interior de toda essa discussão resta ainda explicitar melhor o que vem a ser o acordo, o que significa se entender com alguém a respeito de algo.

Isto não pode ser uma factual coincidência e tampouco um mero aceitar ou responder ‘sim’ ao que é proposto ou oferecido, haja vista que o acordo tomado desse modo pode ser obtido estrategicamente e por meios não-lingüísticos ou ainda tomando a linguagem como mero instrumento de transmissão de

³⁷ “Ahora bien, los actos de habla solo pueden servir a este fin no ilocucionario de ejercer una influencia sobre el oyente si son aptos para la consecución de fines ilocucionarios. Si el oyente no entendiera lo que el hablante dice, ni aun actuando teleologicamente podría el hablante servirse de actos comunicativos para inducir al oyente a comportarse de la forma deseada. En este sentido lo que al principio llamábamos «empleo del lenguaje orientado hacia las consecuencias» no es un modo originario del uso del lenguaje, sino la subsunción de actos de habla que sirven a fines ilocucionarios, bajo las condiciones de la acción orientada al éxito.” HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Volume I. Madrid: Taurus, 1987, p. 375. Acerca disso Maria VELASCO assevera: “A análise do uso comunicativo da linguagem realizada pela pragmática formal mostra, precisamente, que não podemos entender o que significa provocar lingüisticamente efeitos no ouvinte se antes não sabemos o que significa falante e ouvintes chegarem a um acordo sobre algo com a ajuda de atos de comunicação”. VELASCO, Marina. Ética do discurso: Apel ou Habermas? Rio de Janeiro: Faperj, 2001, p. 83-84.

informações. O acordo, característico do agir comunicativo, aponta para a noção de convicção.³⁸

A única maneira de se chegar a convicções é por meio de argumentos. Acordo é concordar pelos mesmos motivos. Logo, os sujeitos falantes apresentam argumentos ou razões a fim de sustentar ou justificar seus atos de fala. Razões estas que visam a levar o ouvinte a se comportar tal como desejado pelo falante. De acordo com HABERMAS, as pessoas entendem-se umas com as outras quando sabem o que torna um ato de fala aceitável.³⁹ Aceitar indica algo mais do que meramente entender o que é dito no ato de fala, isto é, engloba mais do que o aspecto locucionário do proferimento; ao tempo em que um indivíduo aceita um ato de fala, ele se compromete a agir de acordo com o que nele é dito ou afirmado e, para tanto, ele não pode desconsiderar o contexto em que o ato de fala é realizado, pois como foi dito acima, o contexto em que se fala contribui de forma essencial para a compreensão do que é dito.

1.2.2 - Regras da comunicação e pretensões de validade

Caso se observe atentamente o conceito de agir comunicativo, ver-se-á que existem algumas regras as quais devem ser obedecidas sob pena de a própria noção de agir comunicativo implodir. Podem ser chamadas de regras de comunicação.

Em outras palavras, o entendimento mútuo só será alcançado caso algumas regras sejam obedecidas, regras estas que, por óbvio, servem de garantia mínima para a obtenção do acordo almejado. Essas referidas regras também podem ser chamadas de pretensões de validade.

³⁸ “Acordo pode, certamente, ser objetivamente obtido pela força; mas o que manifestamente acontece por meio da influência externa ou do uso da violência não pode ser considerado subjetivamente como um acordo. Acordo se assenta em convicções mútuas”. (Tradução nossa). No original: “Agreement can indeed be objectively obtained by force; but what come to pass manifestly though outside influence or the use of violence cannot count subjectively as agreement. Agreement rest os common *convictions*.” HABERMAS, Jürgen. *Theory of...*, p. 287.

³⁹ “Nós entendemos um ato de fala quando sabemos o que o torna aceitável”. “We understand a speech act when we know what makes it acceptable”. Ibidem, p. 297.

Na seguinte passagem encontram-se de forma sucinta as quatro pretensões formadoras do agir comunicativo:

“(...) em todo esse processo, o falante deve escolher uma forma inteligível (*verständlich*) de forma a que tanto ele como o ouvinte possam *compreender-se um ao outro*. O falante deverá ter a intenção de comunicar uma proposição verdadeira (*wahr*) – ou seja, um conteúdo proposicional, cujas pressuposições existenciais estejam satisfeitas – de forma a que o ouvinte possa *partilhar o conhecimento* do falante. Este último deverá assim pretender exprimir as suas intenções *de uma forma verdadeira* (*wahrhaftig*), de forma a que o ouvinte possa considerar o seu discurso credível (ou seja, digno de confiança). Por fim, o falante deverá escolher um discurso que esteja correto (*richtig*) no que respeita às normas e valores permanentes, de forma a que o ouvinte possa aceitá-lo e que ambos possam, nesse discurso, *concordar mutuamente* no que toca a uma base normativa reconhecida.”⁴⁰

A primeira dessas pretensões é a chamada pretensão de inteligibilidade. Isso significa que aquele que se comunica com o outro a respeito de algo, só acredita ser possível a comunicação porque tem por certo que está se fazendo entender e compreender. Não há comunicação sem inteligibilidade. Em outras palavras, aquele que sabe que não está sendo compreensível ou inteligível, sabe que não está caminhando em direção a um acordo.

A pretensão seguinte é chamada de pretensão de verdade, ela aponta para a necessidade de se pressupor que o falante, que age comunicativamente, afirma coisas verdadeiras, isto é, que o conteúdo de suas proposições representam algo no mundo objetivo e que também podem ser de conhecimento do ouvinte.⁴¹ O que está envolto aqui é o problema do conhecimento. Logo, aquele que enuncia conteúdos sabidamente falsos não pode entrar em um acordo. A falsidade é um entrave ao entendimento mútuo. Pelo contrário, ela é típica do agir estratégico, no qual as pessoas podem afirmar coisas falsas a respeito de algo existente no mundo objetivo a fim de conseguir seus intentos.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. Racionalidade e comunicação. Tradução: Paulo Rodrigues. Lisboa: edições 70, 2002, p. 12.

⁴¹ “O falante não deseja apenas comunicar ao ouvinte a intenção que *ele* tem (que ele pensa, que p), mas ele gostaria de lhe comunicar o fato ‘p’ (de tal modo que o próprio destinatário pense, que p). o fim ilocucionário não consiste, evidentemente, no fato de o destinatário tomar conhecimento da opinião de F – uma vez que ele próprio deve chegar à *mesma* concepção, da qual F está convencido. Em síntese, o destinatário deve aceitar como válida a asserção do falante”. HABERMAS, Jürgen. Pensamento..., p. 144-145.

Em seguida, HABERMAS postula a existência de uma pretensão de sinceridade, nela reside a necessidade de se pressupor que o falante está sendo sincero quanto às suas intenções, ao que ele intenta com o seu ato de fala. Aqui fica clara mais uma distinção entre agir comunicativo e agir estratégico, pois neste último a insinceridade é pertinente, haja vista que para obter seus objetivos egocêntricos o falante pode se valer da mentira. Diferença essa que leva a afirmar que a pessoa que almeja entrar em um acordo com outra não se encontra na possibilidade de ser falsa a respeito de suas intenções. Pretensão de sinceridade é diferente de pretensão de verdade, pois esta última está ligada a afirmações sobre fatos existentes no mundo exterior e objetivo para todos os participantes, enquanto que aquela diz respeito ao mundo interior, das vivências subjetivas daquele que fala.

Por fim, resta a pretensão de correção normativa, que é explicada pela noção de que o proferimento do falante está de acordo com o ordenamento social vigente em que ele está inserido. Ou seja, o que é dito é legítimo porque pode encontrar o assentimento de todos os envolvidos e que por esta razão ele está autorizado a proferir uma ordem. Sendo isso uma das condições para que o comando de ação seja obedecido.⁴² Aqui, não se está a falar de verdade, pois com o que é dito não se pretende descrever um estado de coisas existentes no mundo objetivo, mas sim sua correção frente às normas.

HABERMAS mostra um exemplo no qual ficam claramente definidas as pretensões encimadas. Na sua obra máxima, Teoria do Agir Comunicativo, ele apresenta o hipotético caso de um professor que dirige a seguinte ordem ao seu aluno: “Por favor, traga-me um copo de água”.⁴³

Este ato de fala pode ser questionado pelo estudante sob três “pontos de vista” que se remetem diretamente às pretensões expostas por HABERMAS. Sob o viés da pretensão de correção normativa, o aluno poderia questionar o professor do seguinte modo: “Não. Você não pode me tratar como um de seus

⁴² “(...) ao passo que as pretensões de validade ligadas a ordens e promessas referem-se imediatamente às condições normativas que autorizam uma das partes a esperar da outra o cumprimento de um estado de coisas representado”. Ibidem, p. 145.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Theory of...p. 306.

empregados”. Isto é, o aluno não vê por que motivos deveria obedecer a esta ordem; o que significa que ele não reconhece esta ordem como coerente com o contexto de normas vigentes ou que o professor tenha autoridade para emití-la. Ele poderia, ainda, contestar a sinceridade do professor ao proferir essa ordem: “Não. Na verdade, você quer me constranger na frente dos outros participantes do seminário”. Ou seja, ao contrário do que seria a princípio o entendimento plausível em vista do conteúdo do enunciado, o falante não deseja realmente um copo de água, mas, sim, embaraçar o aluno na presença de outras pessoas, ele procura, de fato, um efeito perlocucionário e não alcançar um entendimento. Por último, a pretensão de verdade levanta pelo falante poderia ser questionada da seguinte maneira: “Não. O bebedouro mais próximo está muito longe o que me impediria de assistir ao restante do seminário”. Aqui, a pretensão do professor de que haveria um bebedouro próximo, que possibilitaria ao aluno buscar água, não se confirma.⁴⁴

De tudo o que foi dito, pode-se concluir que em todo ato de fala estão presentes as três pretensões mostradas. Nas palavras do autor: “Qualquer ato ilocucionário pode ser contestado sob os aspectos da correção, da sinceridade e da verdade”.⁴⁵

Não obstante isso, o indivíduo que profere um enunciado sempre tem por principal uma pretensão que ele levanta, isto é, sempre há uma pretensão que se destaca e que o falante deseja que seja apreendida e compreendida pelo ouvinte.⁴⁶

Disto HABERMAS propõe a seguinte classificação dos atos de fala: atos de fala constataivos, atos de fala expressivos e atos de fala regulativos, sendo que

⁴⁴ “No primeiro caso o que é contestado é se a ação do professor é correta no contexto normativo dado; no segundo, o que o professor pretende com aquilo que ele diz (porque ele quer angariar determinado efeito perlocucionário); no terceiro, a verdade das proposições do professor tem que pressupor certas circunstâncias”. No original: “In the first case what is contested is that the action of the professor is right in the given normative context; in the second, that the professor means what he says (because he wants to achieve a certain perlocutionary effect); in the third, the truth of propositions the professor has to presuppose in the given circumstances”. Ibidem, p. 306-307.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. Pensamento..., p. 147.

⁴⁶ “O papel ilocucionário (...) determina o aspecto de validade sob o qual o falante deseja que sua declaração seja primeiramente e sobretudo compreendida”. No original: “The illocutionary role (...) determines the aspect of validity under which the speaker wants his utterance to be understood *first and foremost*.” HABERMAS, Jürgen. Theory of..., p. 308.

cada um manifesta preponderantemente a pretensão de verdade, veracidade e correção normativa, respectivamente⁴⁷.

1.3. A Ética do Discurso

1.3.1 O discurso prático

Segundo explicado no capítulo anterior, aqueles que agem comunicativamente levantam pretensões de validade, as quais foram assinaladas como pretensão de inteligibilidade, verdade, sinceridade e correção.

Ora, é possível afirmar que uma vez levantadas essas pretensões, o ouvinte pode tomar duas posturas distintas frente a elas. A primeira seria concordar com elas, isto é, consentir com o seu interlocutor e agir de acordo com o manifestado no ato de fala. Neste caso, os indivíduos se encontram em um acordo a respeito da verdade e correção do ato de fala.

Contudo, uma outra postura é possível, qual seja: a de contestação e crítica do ato de fala. Como mostrado acima, o ouvinte pode questionar o falante, lançando dúvidas sobre o que este falou, dúvidas essas que se dirigem diretamente às pretensões. Em outras palavras, que o indivíduo não está sendo sincero, veraz ou não está agindo de acordo com o contexto de normas vigentes. Isso indica que as ditas pretensões possuem o caráter de falíveis, de modo que a pessoa pode estar equivocada quanto à validade de sua pretensão. Essa falibilidade, é importante dizer, não é um falha ou uma mácula do agir comunicativo, pelo contrário, ela é inerente à própria racionalidade comunicativa. O que leva a teoria do agir comunicativo a incorporá-la e tomá-la como parte constituinte do próprio fenômeno da comunicação.

Uma vez problematizado um ato de fala, os atores podem tentar solucionar esses dilemas por meios não-linguísticos, como a força física ou então silenciando e desistindo de travar um diálogo, etc, o que, como já se sabe, não formará

⁴⁷ Ibidem, p. 309.

consenso algum e, se tal atitude fosse adotada constantemente, a ordem social se veria desmantelada; logo, para que esta ainda permaneça de alguma forma íntegra, exige-se a solução por meio do diálogo. (Vale dizer que esta exigência não é moral e tampouco jurídica). Esse modo de interação lingüística em que os falantes permanecem dialogando e buscam por meio de argumentos chegar a um acordo se chama Discurso.⁴⁸

Ele é caracterizado pelo fato de, nessa relação, os atores buscarem resgatar as pretensões de validade anteriormente problematizadas, mostrando que seus atos de fala enunciam, sim, proposições verdadeiras ou comandos legítimos e justos. Segundo HABERMAS: “Nós usamos o termo argumentação para o tipo de fala no qual participantes tematizam pretensões de validade contestadas e atentam a vindicar ou criticar elas através de argumentos”.⁴⁹

HABERMAS afirma que todo ato de fala pode ser questionado sob um dos três aspectos ou pretensões, então, surge a diferenciação entre diferentes tipos de Discursos, cada um referente a uma pretensão. Disto poderia se dizer que há então quatro tipos de Discurso, uma vez que existem quatro princípios que regem o agir comunicativo. Todavia, não é o que ocorre. Malgrado a existência de quatro pretensões, o autor sustenta a idéia de somente dois tipos de Discurso, o teórico e o prático.⁵⁰ As pretensões de sinceridade e de inteligibilidade não podem ser resgatadas discursivamente. A verificação de ser um falante está sendo sincero só é possível analisando as suas atitudes.

Discursos teórico e prático são, portanto, os modos nos quais as pessoas se vêem na tarefa de resgatar suas pretensões de verdade e correção normativa

⁴⁸ “Na ação comunicativa habitual, as pretensões de validade, sempre pressupostas, não são contestadas, ou não o são de modo fundamental. Em certos momentos, entretanto, elas são postas em dúvida. (...) Sua problematização requer o abandono do contexto interativo espontâneo e o ingresso num tipo de comunicação *sui generis*, o argumentativo. O ator abandona o mundo vivido e penetra no discurso”. ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 216.

⁴⁹ “We use the term *argumentation* for the type of speech in which participants thematize contested validity claims and attempt to vindicate or criticize them through arguments HABERMAS, Jürgen. *Theory of...*, p. 18.

⁵⁰ “Sua garantia, o falante pode resgatá-la, no caso de pretensões de verdade e de correção, discursivamente, isto é, aduzindo razões; no caso de pretensões de sinceridade, pela consistência de seu comportamento. (Que alguém pense sinceramente o que diz é algo a que só se pode dar credibilidade pela consequência de suas ações, não pela indicação de razões).” HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral...*, p. 79.

por meio de argumentos, respectivamente, conforme qual delas tenha sido criticada ou posta em dúvida.

No contexto da interação discursiva tudo pode ser problematizado e questionado. Todas as pressuposições podem ser questionadas e devem ser respondidas. Não há limites quanto ao conteúdo tematizado no Discurso.

Como o intuito do trabalho é fundamentar normas de ação ou uma moral, adiante será tematizado apenas o discurso prático. A respeito deste é importante frisar o seguinte: no discurso prático as normas de ação que pedem fundamentação não são exatamente as normas de ação proferidas por um falante espontaneamente e no dia-a-dia, como por exemplo a do professor que exige um copo de água do aluno. Diferentemente disso, quando se adentra no Discurso o que se busca é a validade da norma que confere legitimidade ao ato realizado por aquele que emite um comando de ação e não ao ato em si mesmo. ALEXY expõe isso nos seguintes termos: “O objeto da comprovação discursiva, portanto, não é o ato de fala regulativo em si mesmo, mas a norma da qual esse ato se considera o cumprimento”.⁵¹

Ora, uma vez que no discurso prático o que se busca é o consenso ou acordo a respeito das normas que conferem legitimidade às ações das pessoas, isto nada mais é do que a sua razão de ser e da qual surge o seguinte princípio.

Este, denominado por HABERMAS de ‘D’, enuncia: “Só podem reclamar validez as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático”⁵². Ou seja, aqueles que querem entrar em um acordo a respeito da validade de uma norma só poderão fazê-lo caso todos os envolvidos na situação possam consentir com a

⁵¹ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild. Silva São Paulo: Landy, 2005, p. 125. Thomas McCARTHY detalha a questão: “No contexto da interação ordinária, as normas e padrões a que se apela são normas e padrões ‘existentes’, os aceitos como legítimos, vinculantes ou ‘em vigor’. É quando tais normas faticamente reconhecidas se põe em questão que inicia-se propriamente o discurso”. No original: “En el contexto de la interacción ordinaria, las normas y estándares a que se apela son normas y estándares ‘existentes’, los aceptados como legítimos, vinculantes o ‘en vigor’. Es cuando tales normas fácticamente reconocidas se ponen en cuestión cuando empieza propriamente el discurso.” McCARTHY, Thomas. La teoría crítica de Jürgen Habermas. Tradução: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Tecnos, 2002, p. 362.

⁵² HABERMAS, JURGEN. Consciência moral..., p. 116.

validade da norma, o que só ocorre caso se sintam convencidos, unicamente por meio de razões e argumentos, de que a norma de ação é válida. Não há sentido em querer se entender com alguém sobre algo e ao mesmo tempo desconsiderar a opinião ou o assentimento do outro. Caso não se busque o assentimento, isto é, caso outros concernidos não possam manifestar sua posição, não existe consenso e o resultado não merece ser chamado de acordo.

Esse princípio marca uma diferença radical entre o que é proposto por HABERMAS e o modo como anteriormente as normas eram fundamentadas. Haja vista que na tradição as normas de ação eram justificadas pela sua correspondência ou coerência frente a uma lei divina ou então a um direito natural eternamente posto. Na ética do Discurso, como se vê, as normas são válidas porque reconheceram assentimento de todos os envolvidos. Aliás, esse mesmo princípio não se apoiou em nenhuma noção metafísica, como, por exemplo, Deus, o sujeito transcendental e a-histórico. Pelo contrário, ele encontra suas raízes numa práxis lingüística, num uso da linguagem que se faz no dia-a-dia das pessoas cujas regras estão à mostra e evidentes.

Resta também dizer que em tudo isso se constata o caráter formal da ética do Discurso, uma vez que no princípio definidor do que é certo ou errado, não se estipula conteúdo algum a respeito das normas de ação. 'D' é o princípio da ética do Discurso que indica a fundamentação de uma teoria moral.⁵³

Afora o princípio 'D', é possível ainda postular a existência de certas regras que se impõem em razão não só do propósito que move os atores a agirem comunicativamente, mas principalmente pela natureza da linguagem que a faz ser voltada para o entendimento mútuo. Essas regras foram enumeradas por HABERMAS:

"1. Todos potenciais participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de utilizar atos de fala comunicativos, de modo que possa, a qualquer momento iniciar um discurso e conduzi-los com réplicas e tréplicas, perguntas e respostas. 2. Todos os participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de realizar interpretações, asserções, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, fundamentar ou contestar a pretensão de validade delas, de modo que nenhuma opinião deixe de ser tematizada e criticada. 3. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Consciência moral..., p. 114.

agentes, as mesmas possibilidades de utilizar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas opiniões, sentimentos e intenções... 4. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de usar atos de fala regulativos, isto é, de ordenar e opor-se, de permitir e proibir, prometer e retirar promessas, a prestar ou pedir contas, etc".⁵⁴

Essas regras podem, na verdade, ser chamadas de pressuposições feitas pelos falantes e condições para que um acordo possa de fato ser alcançado. Elas são pressupostas por todos aqueles que almejam um real acordo a respeito de uma pretensão de correção normativa inicialmente criticada. Adentrar em um Discurso e ser indiferente a essas garantias constitui uma contradição por parte dos indivíduos que argumentam. Em outras palavras, uma vez que têm conhecimento de que o acordo alcançado será defeituoso – nem mesmo de acordo podendo ser chamado - e, no entanto, dão continuidade ao Discurso, tal atitude encontra-se muito próxima do agir estratégico, a qual, como afirmado anteriormente, caracteriza o uso parasitário da linguagem.

Acima foi usada a expressão “de fato” para descrever o papel de garantia que a obediência a essas exigências oferece. Todavia, é possível perguntar, serão elas factíveis? Será possível que um diálogo se dê em tais condições?

O filósofo entende que estas garantias são ideais, isto é, elas perfazem uma situação ideal de fala. Todos aqueles que se adentram em um diálogo as pressupõem, de modo que caso esteja patente que algum interessado na questão não esteja ou não tenha possibilidades fáticas de se manifestar, já se pode apontar um problema em toda essa situação, pois o resultado deste Discurso não será legítimo. Logo, o importante nisso tudo não é se a condição ideal de fala pode ser de fato realizada ou empiricamente comprovada, mas sim que ela é uma exigência que pressupõem aqueles que adentraram em um diálogo⁵⁵ e serve também como um critério para distinguir consensos de pseudo-consensos.

Aliás, nos casos de evidente exclusão de algum interessado, já se tem argumentos para que ele venha a ingressar no diálogo ou no caso de alguém

⁵⁴ ALEX, Robert. Teoria da argumentação..., p. 134.

⁵⁵ HABERMAS, em referência à situação ideal de fala, afirma: “é preciso mostrar que, no caso das regras do discurso, não se trata simplesmente de *convenções*, mas de pressuposições inevitáveis”. HABERMAS, Jürgen. Consciência moral..., p. 112

estar sob coação que as opiniões deste estejam viciadas e devam ser desconsideradas, de modo que com a ética do discurso se alcançou, mediante argumentos não-metafísicos e não-religiosos, a fundamentação dos valores iluministas de inclusão, individualidade, igualdade e autonomia.

HABERMAS exemplifica tal situação, apontando uma contradição na seguinte atitude: “Depois de excluir A,B e C... da discussão (ou conforme o caso, depois de tê-los reduzido ao silêncio ou de ter-lhes imposto nossa interpretação), podemos finalmente nos convencer de que N é legítima”.⁵⁶ Neste caso, é claro e evidente que uma tal norma não pode ser legítima num Discurso que surgiu para que, mediante argumentos, uma pretensão de correção normativa fosse resgatada, pois tal discurso seria irracional.⁵⁷

Ao lado de todas essas regras, que nada mais são do que condições mínimas para um acordo ser alcançado, está presente uma regra de argumentação, a qual diz respeito aos argumentos que podem e devem ser levantados pelos participantes num diálogo.

Este princípio de argumentação é o chamado princípio ‘U’: “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e feitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos”.⁵⁸

Tal como o princípio ‘D’, ‘U’ tampouco está impregnado de conteúdo normativo, pelo contrário, ele é estritamente formal⁵⁹, postulando apenas que os efeitos que advêm do cumprimento das regras devem ser aceitos por cada

⁵⁶ Ibidem, p. 114.

⁵⁷ “Mas, novamente, a prática da argumentação põe todas os pesos da discussão sobre os ombros dos participantes: na hipótese de eles falharem em encontrar as condições exigidas do discurso racional, não temos um discurso racional”. No original: “But again, the practice of argumentation puts all the burdens of openmindedness upon the shoulders of the participants: Wherever they fail to meet the demanding conditions of rational discourse, we don’t have any rational discourse.” HABERMAS, Jürgen. A short reply. Ratio Juris, vol. 12, nº 4, December 1999, p. 450.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Consciência moral..., p. 147. HABERMAS deu ao meso princípio a seguinte redação, um pouco diferenciada, mas que traduz a mesma idéia: “as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência *geral* da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, devem poder ser aceitos *sem coação* por todos”. Ibidem, p. 116.

⁵⁹ Idem.

indivíduo, obviamente sem coação. Ou seja, os falantes devem buscar interesses universais, de todos os envolvidos e interessados na discussão, estejam eles fazendo parte ou não de fato do Discurso. Adentrar em um Discurso e procurar apenas seus próprios interesses ou de algum grupo, seus idiossincráticos objetivos, fere o princípio 'U'.

Com o intuito de melhor clarificar os conceitos até aqui desenvolvidos, é importante distinguir o princípio de universalização 'U' de qualquer conteúdo, ele é de todo formal. O conteúdo de uma norma surgirá no âmbito da discussão entre os que dialogam, sendo que o conteúdo que prevalecer será aquele que melhor convencer somente mediante argumentos. Tal princípio também não se confunde com as regras de participação e inclusão dos envolvidos porque trata de uma regra de argumentação, isto é, que tipo de argumentos podem ser levantados em um Discurso prático. E, ainda, 'U', apesar de advir necessariamente do princípio 'D', dele se diferencia. Neste último encontra-se o conceito de legitimidade de uma norma, a qual assim o será quando houver um acordo em torno dela, ele não faz parte da argumentação ou dos argumentos que podem ser apresentados no discurso prático, enquanto que, repita-se, 'U' faz.⁶⁰

Para além de todo o já dito, resta mostrar uma outra diferença entre os princípios em tela na qual se entende por que o princípio U recebe o título de universal. O princípio 'D' aponta unicamente para um critério de real consenso, exigindo o assentimento racional de todos os de fato envolvidos no Discurso. 'U' remete à exigência do seguimento da norma por parte de todos os indivíduos, contudo, estes indivíduos aos quais se faz menção não são apenas os envolvidos no Discurso; trata-se, decerto, de todos os indivíduos existentes, de toda a humanidade. Isto é, a norma, para ser válida, tem que angariar a concordância de todos os envolvidos quanto às conseqüências do seu cumprimento universal, não

⁶⁰ "'U' tem que ser cuidadosamente distinguido: de quaisquer princípios ou normas básicas conteudísticas, que só podem constituir o *objeto* de argumentações morais; do conteúdo normativo das pressuposições da argumentação, que podem ser explicitadas sob a forma de regras (como em 3.1-3.3); de 'D', o princípio da ética do Discurso, que exprime a idéia fundamental de uma teoria moral, mas não pertence à lógica da argumentação". HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral...*, p. 116.

só de alguns ou de um grupo. A aceitação é diz respeito aos que argumentam, mas o seguimento da norma, a todos. Eis a razão de seu caráter universalista.

Dado seu caráter universalista, pode-se chamá-lo de um princípio moral no sentido kantiano do termo, pois KANT exige o mesmo do sujeito que age, ou seja, que a máxima possa se tornar uma lei universal, que possa ser levada a cabo pela humanidade. Veja-se como KANT expressou o imperativo categórico: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”.⁶¹ Não olvidando que, enquanto para o filósofo de Königsberg o sujeito consigo mesmo é capaz de tornar uma norma válida a partir de princípios inerentes ao eu transcendental, para HABERMAS, de outro lado, isso se mostra inviável porque é necessário o assentimento dos demais envolvidos, de modo que nunca se decide pela validade de uma norma isoladamente.

Muito embora essa diferença crucial, subsiste uma semelhança entre as teses de tais pensadores a ponto de se concluir que HABERMAS mais uma vez retoma os valores modernos e iluministas⁶², porém, o faz por outra via. Enquanto Immanuel KANT se utilizou de argumentos metafísicos para a formulação do imperativo categórico, tais como a noção de um sujeito transcendental e subsistente fora da história e dos fatos, como a vontade subjetiva e livre que formava mundo, HABERMAS, remontando às origens pragmáticas da linguagem, o que significa, sem recorrer a noções metafísicas e substancialistas, conseguiu do mesmo modo a inserção e necessidade do princípio moral universalista⁶³.

À guisa de conclusão, pode-se dizer que se encontrou um critério para que com ele se possa fundamentar um norma de agir, mostrando (ou demonstrando)

⁶¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 42.

⁶² “Habermas enfrente a problemática da fundamentação normativa da Teoria Crítica desenvolvendo a ética do discurso, a exemplo de todas as éticas cognitivas que ‘(...) retomam a intuição que Kant exprimiu no imperativo categórico’. Desta forma, uma re-elaboração da idéia de universalização, presente no imperativo categórico, viabiliza o desenvolvimento de um ponto de vista moral moderno”. MAIA, Antonio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: Flávio Beno Siebeneichler (org.). *Direito, Moral, Política e Religião nas sociedades pluralistas – Entre Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006, p.103.

⁶³ “Partindo dessa assunção fundamental, a ética do discurso situa-se, então, na tradição kantiana, sem contudo(...)”. HABERMAS, Jürgen. *Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: _____. *Comentários à Ética do Discurso*. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa, Instituto Piaget, [1999?], p. 101.

a sua validade. Pois uma regra que é fruto de um consenso é válida, ou seja, uma regra que foi aceita livremente por todos os envolvidos, sem coação, uma regra que protege interesses universais tem que ser tomada como válida.

1.3.2 A fundamentação das regras do discurso

1.3.2.1 *A necessidade de uma fundamentação*

Até o momento conquistou-se uma resposta à pergunta de se criação de normas morais pode ter uma fonte racional, ou seja, que essas normas não possuem, em certa medida, suas origens nos sentimentos, emoções ou interesses particulares dos falantes, mas sim que podem preservar interesses universalizáveis desde que fruto de um consenso que obedeça às regras do discurso acima descritas; longe, portanto, de idiosincrasias. Com isso, a ética do discurso tornou possível delimitar e distinguir o que são normas válidas de normas inválidas, ou normas racionais de normas irracionais.

Todavia, ainda resta algo a ser respondido em toda essa problemática. Falta ainda perguntar pela fundamentação dessas regras que permitem o acordo sobre a validade de normas. Tal questão não é absurda e nem um pouco óbvia, pois o simples conhecimento do que seja ou não racional não responde à pergunta de o que obriga alguém a agir de modo racional e respeitar as regras da argumentação. O que impede um falante de agir de modo irracional, isto é, em desobediência aos ditames da razão comunicativa?⁶⁴ É possível oferecer, trazendo aqui uma atitude característica da filosofia, uma fundamentação última que torne a submissão aos preceitos argumentativos incontornável e necessária?

Robert ALEXY traz na sua obra “Teoria da argumentação jurídica” algumas teorias justificadoras das regras de argumentação. Ele faz menção, em primeiro lugar, ao que se chama de fundamentação técnica das regras. O termo “técnica”

⁶⁴ APEL expõe esse problema, valendo-se de POPPER, nos seguintes termos: “Por que afinal devo ser *racional*, isto é, por que devo reconhecer as condições normativas de um discurso crítico-argumentativo (...) ?”. APEL, Karl-Otto. Fundamentação última não-metafísica? In: STEIN, Ernildo; BONI, Luis de (orgs.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis, RJ: Vozes; Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1993, p. 317.

não é gratuito, pois indica justamente que as regras possuem uma espécie de função instrumental, isto é, que serviriam para alcançar determinado fim, a felicidade ou a justiça, por exemplo, mas o fariam de um modo pacífico ou não-violento no percurso que leva a alcançá-lo⁶⁵. Em outras palavras, indica que os indivíduos se deixam guiar pelas regras de argumentação para que não sejam utilizados meios violentos na busca pelos queridos fins.

Ocorre que algumas críticas foram feitas por ALEXY a essa explicação. Primeiro, e mais fortemente, objeta-se os meios para chegar-se ao fim, pois nada obriga – isto é, não há regras - a buscar meios pacíficos de solução de conflitos, de modo que a escolha entre uma solução pacífica ou violenta para alcançar certo estado de coisas restaria em última instância relegada ao voluntarismo dos falantes. Logo, esta teoria recairia em um subjetivismo, deixando que a vontade dos falantes atue em um espaço de arbitrariedade no que diz respeito ao agir comunicativo. Ainda dentro dessa crítica, é possível vislumbrar que, uma vez que se compreendem as regras como instrumentos para obter algo, se toma este fim como subsistente antes mesmo das regras, isto é, acredita-se que desse modo se terá felicidade ou outro fim qualquer, mas com isso não se atenta para o caráter procedimental e criador de que são dotadas as regras. O fim não justifica as regras. Estas não servem de acesso a algo anterior a elas, mas com elas se constroem racionalmente o que se busca.⁶⁶

Em segundo lugar, segundo o autor, seria impossível apontar um fim último geral o suficiente que fosse capaz de reunir sob um único propósito todas as regras necessitadas de fundamentação sem de alguma maneira adentrar em contradição.

ALEXY fala ainda de uma segunda teoria que tem como objetivo a fundamentação das regras do discurso. Ele se refere à fundamentação empírica, a qual afirma que as pessoas, quando argumentando, de fato seguem as normas de

⁶⁵ “É a via seguida por Lorenzen e Schwemmer, quando afirmam que suas regras são razoáveis mediante a indicação do fim de uma eliminação não-violenta do conflito”. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 184.

⁶⁶ “Não há, de um lado, a justiça e a verdade como fins e, de outro, as regras enquanto indicações dos meios mediante os quais ambas se podem produzir ou descobrir, mas o justo e o verdadeiro são o que se produz ou se descobre através dessas regras”. Ibidem, p. 185.

argumentação. Disso se conclui que as regras em questão são de fato existentes. Mas salta logo aos olhos o equívoco aí presente. Não se está a questionar a existência dessas normas, mas sim a sua legitimidade; afirmar que estas de fato existem não responde à pergunta de por que devem ser seguidas. Há, decerto, uma justificação de um dever-ser (norma) a partir de um ser (fato).

No entanto, esta teoria traz em si aspectos importantes para a ética do Discurso, haja vista que vem a corroborar a possibilidade de se agir do modo tal como prescreve a teoria elaborada por HABERMAS. Ainda, com uma análise empírica da argumentação, pode-se indicar quando ocorrem contradições ou não, isto é, as situações em que o discurso está se efetivando de acordo como deve.

1.3.2.2 - A fundamentação lógico-formal e o Trilema de Münchhausen

Diante dessas dificuldades presentes nessas teorias, ALEXY entende, sem desconsiderar os pontos positivos que marcam as teorias anteriores, que a melhor explicação que visa fundamentar os princípios da ética do discurso é aquela levantada por Karl-Otto APEL⁶⁷. Por certo, ele atentar-se-á para argumentos que de fato possam ser chamados de fundamentos, isto é, marcados pelo caráter de necessidade e inafastabilidade, sendo que assim não se deixam margens a voluntarismos, tal como o fez a teoria de fundamentação técnica, e tampouco argumentos que possam cair na falácia de prescrever um dever-ser a partir de um ser, erro este da fundamentação empírica; equívocos estes que, como se mostrou, inclusive impedem que tais explicações sejam intituladas de fundamentação última.

APEL inicia suas exposições com um diálogo com um autor também alemão chamado Hans ALBERT, representante da linha filosófica denominada racionalismo crítico, corrente esta marcada pela idéia do falibilismo. Esta, em breves palavras, afirma que todos os enunciados básicos são falíveis e podem ser

⁶⁷ “As regras que podem ser fundamentadas segundo a pragmática universal se devem considerar como um valioso material de base”. Ibidem, p. 189. Esta posição de ALEXY também se comprova ao longo de toda a sua obra, na qual a referência à fundamentação pragmática é explícita e recorrente.

refutados, não existindo algo como uma razão última ou um ponto sólido e fixo que serviria de base para e a partir do qual se poderia construir toda uma teoria.⁶⁸

De acordo com Hans ALBERT, toda a tentativa da metodologia clássica e metafísica, lógico-dedutiva por excelência, de alcançar um ponto inabalável seguindo regras da lógica formal não consegue ser bem sucedida. Segundo ALBERT, essa fundamentação ocorre mediante relações lógicas entre enunciados dos quais se deduzem ou concluem outro enunciado, de modo que o raciocínio lógico é formado de premissas e conclusões.⁶⁹ Veja-se o mais do que conhecido exemplo:

- 1) Todo homem é mortal (premissa);
- 2) Sócrates é homem (premissa);
- 3) Logo, Sócrates é mortal (conclusão).

É importante notar que essas premissas podem ser pensadas isoladamente da conclusão, elas se distinguem da conclusão. Para se pensar ou entender a primeira ou a segunda premissa não é necessário se valer da conclusão. Pode-se afirmar que ‘todo homem é mortal’ desconsiderando-se que ‘Sócrates é mortal’.

Em seguida, o autor pormenoriza essas regras lógicas que tornam válidas uma dedução ou a conclusão a partir dos enunciados primeiros. A primeira noção pertencente ao raciocínio lógico-formal é que dele não se extraem novas informações além daquelas que já estão contidas nas premissas; toda informação que se faz manifesta na conclusão, para ser válida, tem que estar de antemão presente nas premissas. Ora, isso implica que aquele que assente com o conteúdo da conclusão só o faz porque já tinha tomado por verdadeiro o que estava expresso na premissa, de modo que uma conclusão só pode convencer alguém que de antemão já estava convencido.

⁶⁸ “ALBERT sustenta a impossibilidade de se fundamentar princípios: todos os enunciados devem ser submetidos à crítica; *todos* os enunciados devem ser considerados como hipóteses falsificáveis (tese do falibilismo).” VELASCO, Marina. *Ética do Discurso...*, p. 35.

⁶⁹ “No caso, ‘premissas’ e ‘conclusão’ devem ser compreendidas como conceitos relativos de dedução; elas se referem à função lógica dos enunciados correspondentes num determinado contexto de conclusões, e não ao enunciado ‘em si’”. ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Tradução: Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 25.

Em segundo lugar, é importante frisar que com as relações lógicas entre enunciados nunca se pode concluir algo sobre a verdade dos seus conteúdos, ou seja, de uma premissa falsa pode-se chegar a uma conclusão verdadeira ou a uma falsa; de premissas verdadeiras pode-se tirar conclusões igualmente verdadeiras, todavia, é impossível que de premissas verdadeiras se chegue a conclusões falsas por meio de raciocínio válido. Nas palavras do autor: “Caso todas as premissas sejam verdadeiras, então as conclusões respectivas e correspondentes também o serão”.⁷⁰

A inserção da fundamentação lógica se faz necessária para vislumbrar se com ela é possível fundamentar as regras do discurso. Ou seja, será que a obediência a princípios de lógica formal é suficiente para tornar necessárias ou justificar os princípios da linguagem expostos anteriormente, tais como o de verdade, sinceridade, correção?

“Se nosso princípio é levado a sério, apresenta-se, então, o seguinte problema: quando se exige uma fundamentação para tudo, então terá que se exigir, também, uma fundamentação para os conhecimentos aos quais foi remetida essa concepção – ou seja, o referido conjunto de enunciados – a fundamentar. Isto conduz a uma situação com três alternativas que parecem, ou são, inaceitáveis, portanto a um trilema que eu, em vista da analogia existente entre a nossa problemática e o problema que o famoso barão da mentira teve que solucionar uma vez, denomino de trilema de Münchhausen.”⁷¹

A resposta dada por ALBERT, e com a qual APEL concorda, é que esse método de fundamentação não é suficiente, pois provar princípios unicamente a partir de uma dedução significa necessariamente desembocar em três “situações sem saída”⁷²; é o chamado Trilema de Münchhausen.

A primeira dessas situações é o que o autor denomina de regresso ao infinito⁷³, uma vez que o que se busca é a justificação dedutiva de princípios, isso só poderá ser feito mediante a apresentação de novas premissas que se tornam princípios, estes, por sua vez, para que sejam válidos, também exigirão ser

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Ibidem, p. 26.

⁷² “Para ser breve, partilho da opinião dos popperianos, particularmente de Hans Albert, segundo a qual a *metafísica racionalista* – e esta é a forma da metafísica comumente associada com a idéia da fundamentação última – é presa inevitável do chamado ‘trilema münchhausiano’ da fundamentação última”. APEL, Karl-Otto. *Fundamentação...*, p. 306

⁷³ ALBERT, Hans, op. cit., p. 26.

deduzidas de outros princípios, e assim *ad infinitum*, de tal maneira que a cadeia de razões não terminaria nunca e poderia continuar indefinidamente. Expondo essa situação em símbolos, ela ficaria representada da seguinte maneira: afirma-se 'A', explica-se 'A' afirmando 'B', justifica-se 'B' afirmando-se 'C', e assim por diante, sem que de algum modo se encontre um princípio ou enunciado que não exija justificação.

A segunda complicação que se encontra aquele que se utiliza de uma explicação lógico formal é a chamada círculo lógico na dedução⁷⁴. A justificação circular, que nem mesmo pode como tal ser chamada porque não justifica, ocorre quando na fundamentação de um enunciado se recorre a outro enunciado diferente, todavia, quando se tenta justificar este último, vale-se do primeiro, por aquele que pretendia ser justificado, de modo que um enunciado sem justificação tenta fundamentar outro, tendo como resultado que ambos ficam carentes de fundamentação. Afirma-se 'A', e explica-se 'A' valendo-se de 'B', porém, 'B' é fundamentado em 'A'.

Por fim, a outra situação que completa o trilema de Münchhausen é a interrupção do procedimento⁷⁵. Isso acontece Quando, na cadeia de razões que almejam embasar um princípio último, o expositor simplesmente se recusa a justificar um dos princípios fundantes, aceitando-o simplesmente, não o questionando, tomando o enunciado como um dogma, portanto. Utilizando a mesma exemplificação acima, seria o caso de sustentar 'A', afirmar que 'A' ocorre porque 'B', este em razão de 'C' e 'C' simplesmente não é justificado, é aceito como certo e verdadeiro.

Ora, dado que esta chamada metodologia clássica incorre neste Trilema, Karl-Oto APEL tenta mostrar se é possível uma fundamentação última que não recaia nele, pois: "Não deve ser abandonada com a metafísica tradicional ao mesmo tempo a idéia da fundamentação filosófica última tanto na filosofia teórica como também na ética?"⁷⁶.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Ibidem, p. 27.

⁷⁶ APEL, Karl-Otto. Fundamentação..., p. 305.

1.3.2.3 - A fundamentação pela contradição em Karl-Otto APEL

Karl-Otto APEL enceta o caminho de uma resposta remontando às explicações de ARISTÓTELES, haja vista que este, como todo filósofo, também esteve às voltas com a problemática de se fundamentar princípios. A tese do filósofo grego é a de que se pode tomar o princípio de não-contradição como o mais seguro de todos os princípios.⁷⁷

Todavia, ele o afirma pautado em motivos que não o fazem cair na petição de princípio (Trilema de Münchhausen) tal como a demonstração lógica o faz. Pois, segundo ele: “É impossível que exista demonstração de tudo: nesse caso ir-se-ia ao infinito e, conseqüentemente, não haveria nenhuma demonstração”. A via pela qual ARISTÓTELES acredita ser possível a fundamentação do princípio de não-contradição é a via da refutação. Ela, então, é diferente da demonstração lógica formal exposta acima, uma vez que ela atenta para a fala do outro, do interlocutor, e não para o princípio em si diretamente. A seguinte passagem é esclarecedora:

“O ponto de partida, em todos esses casos, não consiste em exigir que o adversário diga que algo é ou que não é (ele, de fato, poderia logo objetar que isso é admitir o que se quer provar), mas que diga algo e que tenha um significado para ele e para os outros, e isso é necessário se ele pretende dizer algo. Se não fizesse isso, ele não poderia de algum modo discorrer, nem consigo mesmo nem com os outros...”⁷⁸

ARISTÓTELES afirma que pela via da refutação ele não pretende fazer com que o interlocutor diga que algo é ou que algo não é, pois ao fazer com o que ele diga isso ele está pressupondo que uma coisa pode ser ela mesma e não pode ser o seu contrário, logo, estaria pressupondo o princípio de não-contradição, “admitindo o que se quer provar”, e não levaria a nenhuma demonstração dele.

⁷⁷ ARISTÓTELES expõe nessas palavras o princípio em questão: “Depois do que foi dito devemos definir esse princípio. É impossível que a mesma coisa, ao mesmo tempo, pertença e não pertença a uma mesma coisa, segundo o mesmo aspecto (e acrescentem-se também todas as outras determinações que se possam acrescentar para evitar dificuldades de índole dialética). Este é o mais seguro de todos os princípios (...).” ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução: Giovane Reale. São Paulo: Ed. Loyola, 2002, p. 145, 1006a.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 147.

A refutação, diferentemente, quer mostrar como alguém, pelo simples fato de dizer algo com significado pressupõe o princípio de não-contradição. Caso não o pressuponha, não consegue exprimir nada que seja inteligível, compreensível ou que tenha significado, de forma objetiva que tanto o que fala quanto os que ouvem possam entender. Aquele que se contradiz não sabe o que diz.

Isto é, na discussão com o cético, o filósofo grego poderia pedir ao oponente afirmar algo sem respeitá-lo, sendo que desse modo constataria o fato de que isso não é possível, uma vez que não há como enunciar algo com sentido caindo em contradição, nem mesmo a crítica feita a este princípio se sustenta, já que inclusive ela tem que ser inteligível. O que resta ao cético nesse momento é então se calar porque assim não incorre em uma auto-contradição, porém se rebaixa ao status de planta.

Cabe, ainda, precisar melhor a noção do que é um princípio infalível. Foi visto que a fundamentação metafísica ou clássica se dá pela via de lógico formal em que se “tenta a fundamentação de algo através da derivação de algo diferente”.⁷⁹ Como exposto acima, as premissas não se confundem com a conclusão e podem ser pensadas separadamente delas.

No entanto, em razão de o princípio de não-contradição ser demonstrado pela via da refutação, que força o interlocutor ou qualquer pessoa a tentar pronunciar uma sentença com sentido se contradizendo, ele não se dá nos moldes de uma demonstração lógico-formal em que estão em jogo premissas e conclusões. Ele não deriva de nada e destarte não pede ou exige uma outra premissa, princípio, diferente e distinto dele, que o justifique. Por isso a ele cabe melhor o título de condição de possibilidade, sendo transcendental no sentido kantiano do termo retomado por APEL⁸⁰, haja vista que sem ele é impossível que se postule algo com sentido. É o princípio de não-contradição, mas não unicamente ele, que permite ou que faz possível que se afirme uma sentença de maneira inteligível. Em outras palavras, nenhuma outra enunciação pode estar

⁷⁹ “Se quiséssemos encontrar uma resposta a esta questão, no sentido de uma *fundamentação através de algo diferente*, teríamos obviamente que pressupor na fundamentação já aquilo que deve ser fundamentado (...)”. APEL, Karl-Otto. *Fundamentação...*, p. 317.

⁸⁰ Neste ponto HABERMAS adota uma postura diversa, conferindo-lhe a característica de universal.

desvinculada dele ou ser pronunciada sem que ele esteja de alguma forma presente e sustentando tudo. É um ponto seguro, inabalável e último na cadeia de razões.

Com isso tem-se em mãos argumentos para rebater a tese falibilista de que não existem princípios últimos ou infalíveis. E isso de tal maneira que nem mesmo a mencionada tese escapa, quer dizer, para alguém postular a idéia de que não existem princípios seguros e últimos, este alguém já deve estar sob o princípio de não-contradição para que a sua teoria possua sentido. Não se pode afirmar que existem e não existem, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, unicamente enunciados falíveis.

Uma vez tendo em mãos um ponto seguro a partir do qual se possam embasar enunciados, APEL busca a partir dele justificar as regras de argumentação explicadas anteriormente. A sua idéia é a seguinte:

“O critério para a incontestabilidade das pressuposições da argumentação caracterizadas como de fundamentação última reside então, em última análise, na *autocontradição pragmática* ou performativa que apareceria no caso da contestação, assim, por exemplo, se alguém quisesse afirmar: Eu contesto com argumentos que eu esteja argumentando e que assim deva reconhecer como incontestáveis as pressuposições de existência e de regras do argumentar válido”.⁸¹

Neste trecho, o autor argumenta, contra o interlocutor que acredita serem falíveis as regras da argumentação válida, que há uma contradição performativa por parte desse interlocutor. Para que se possa bem compreender o que é tal contradição performativa, vale lembrar que, como foi visto, todo falar envolve um fazer, o que nos termos de AUSTIN significa que os atos trazem em si os aspectos locucionários e ilocucionários, de modo que a contradição acima referida se reporta à contradição que existe entre a ação daquele que fala e o conteúdo da sua fala. Mais especificamente, aquele que contesta que esteja argumentando é contradito pelo fato de estar realizando a ação de argumentar; é como se o falante afirmasse: ‘eu contesto com argumentos que estou argumentando’ ou ‘eu não estou argumentando’; o fato de estar argumentando é contradito pelo conteúdo de

⁸¹ Ibidem, p. 316.

sua fala. Exposta desse modo, fica explícita a contradição que está presente nesse ato de fala, o qual é sem sentido e não significa nada.

O ponto importante é que a partir dessa idéia de contradição performativa é possível justificar as quatro pretensões de validade (inteligibilidade, verdade, sinceridade e correção normativa) constituintes do agir comunicativo, sendo que a de verdade e correção normativa são resgatadas no discurso. Cabe analisar cada uma delas em particular.

De acordo com o que foi mostrado anteriormente, a pretensão de inteligibilidade diz respeito ao fato que todo aquele que comunica algo pretende que o conteúdo de sua fala pode ser compreendido pelo ouvinte; porém, o cético em relação a este princípio pode querer contestar a validade dessa pretensão dizendo: “não pretendo que o que afirmo agora seja compreensível por pessoa alguma”. Ora, ele só pode impugnar a pretensão de inteligibilidade se fazendo compreensível, caso não se faça compreensível, a sua crítica não terá validade alguma. A contradição, na qual adentra o cético e que é capaz de refutá-lo, pode ser explicitada da seguinte forma: o que eu afirmo é e não é compreensível. Portanto, uma vez que não se pode refutar a pretensão de inteligibilidade sem pressupô-la, ela é necessária e inevitável.

No tocante à pretensão de sinceridade, o princípio de não-contradição exerce a mesma função. Se alguém pensa ser aceitável mentir, isto é, dizer algo sem acreditar naquilo que afirma, este alguém cai em contradição ao tempo em que tenta contestar a validade da pretensão de veracidade. Do mesmo modo que acima, pode-se perguntar ao cético se ele consegue afirmar algo em que não acredita, e o resultado é que isso é impossível porque a seguinte contradição se faz manifesta: “eu acredito que é aceitável mentir e eu estou mentindo”. Ou seja, não há como saber se o enunciador dessa fala está ou não sendo sincero e se a sua crítica deve ser levada a sério. Logo, a pretensão de veracidade é certamente necessária.

Do mesmo modo, pode-se fundamentar a pretensão de verdade erguida nos atos de fala. Segundo HABERMAS, a linguagem possui uma força ilocucionária auto-referente voltada para o entendimento mútuo, o que significa

que, quando se descreve algo existente no mundo, naturalmente e simplesmente em razão de falar descreve-se algo que se pretende ser válido objetivamente para toda e qualquer pessoa, de modo que essa possa vir concordar com o conteúdo do que é dito.

Em outras palavras, esta força ilocucionária está no ato de fala. Uma vez retomado esse conceito exposto anteriormente, é possível fundamentar a pretensão de verdade mediante a contradição performativa. A contradição consiste em afirmar algo, isto é, realizar uma declaração, e negar o seu conteúdo como um fato. Em outros termos, seria a seguinte situação: ‘eu afirmo p, mas não acho que p seja um fato’. Caso não acredite naquilo que afirma, o falante deveria duvidar ao invés de postular, para que assim não caísse em contradição.

Por fim, a pretensão de correção presente nos atos de fala de ordens ou comandos de ação também se explica mediante a contradição performativa. Emitir ou receber uma ordem de alguém, nas circunstâncias em que não se esteja fazendo uso abertamente estratégico da linguagem, pressupõe que tal ato de fala esteja amparado no contexto normativo, isto é, que o falante está autorizado a proferir o comando e que uma das condições de validade do ato esteja sendo satisfeita; por essa razão, o falante pode esperar que seu interlocutor proceda conforme exigido e seu ato performativo tenha êxito. A contradição emerge no instante em que se emite uma ordem, ato de fala este que levanta a pretensão de correção, e ao mesmo tempo se alega que ela não está de acordo com o contexto normativo, ou seja, que a condição de validade não está sendo preenchida, apagando-se qualquer expectativa do cumprimento do ato pelo ouvinte. Como no seguinte exemplo: “exijo que feche a porta, mas não estou autorizado a proferir tal ordem”. Nesta ocasião, ao mesmo tempo em que pressupõe a condição de validade do ato que impele ao assentimento, o falante a nega.

2. O DIREITO COMO DISCURSO – A TESE DO CASO ESPECIAL

2.1 – O DISCURSO PRÁTICO GERAL

Até esse ponto conquistou-se a idéia de que o Discurso, em razão da força ilocucionária da linguagem que a faz voltada para o entendimento mútuo, apresenta garantias inafastáveis para aqueles que interagem comunicativamente, servindo de critério para o consenso racional.

A grande preocupação de HABERMAS - aliás, a de APEL também - é com a fundamentação dessas regras, de modo que ele fez apenas um esboço do que seriam essas garantias procedimentais. Neste ponto é que a leitura de Robert ALEXY se faz importante, uma vez que este se valeu acima de tudo da teoria de HABERMAS⁸² e elaborou um catálogo pormenorizado e detalhado de como devem proceder os indivíduos que argumentam e as obrigações que se lhes sobrevêm, catálogo este ao qual deu nome de Discurso Prático Geral ou código da razão prática.

A lista de ALEXY se divide em três grandes grupos que serão analisados a abaixo, a saber: regras fundamentais, regras de razão e regras sobre a carga da argumentação.

a) Regras fundamentais

Regras fundamentais são aquelas sem as quais não se realiza nenhuma comunicação lingüística porque estabelecem condições da significação.

“1.1 Nenhum falante pode contradizer-se.

1.2 Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita.

⁸² Aliás, Habermas entendeu esse catálogo como de todo coerente com sua teoria do discurso, afirmando: “Para este plano, Alexy propôs, partindo de minha análise, as seguintes regras do discurso”. HABERMAS, Jürgen. Consciência moral..., p. 112.

1.3 Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.

1.4 Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.”

O que se lê acima são regras fundamentais que dizem respeito a toda e qualquer comunicação lingüística, elas apontam unicamente para condições sem as quais não é possível um entendimento acerca do que se fala. Essas regras estão no plano lógico-semântico e não tem conteúdo ético, moral ou jurídico algum, isto é, nelas não encontramos material para distinguir um conteúdo correto/justo de um incorreto/injusto,⁸³ não impõem aos falantes ou a qualquer outro um conteúdo para as normas de ação que ainda estão sob discussão. Em outras palavras, desobedecê-las não é moralmente reprovável, injusto ou errado, ou ainda anti-jurídico. São apenas obrigações lógicas, gerais e “universais”.⁸⁴

Caso assim não fosse, a distinção existente entre discursos teóricos e práticos se perderia, pois pelo fato de tais regras perfazerem também os discursos teóricos, destes últimos se poderiam concluir questões práticas de conteúdo moral, apagando a diferença entre eles, portanto.

Ainda, delas não se extrai algo que diga respeito à relação entre falantes, elas parecem estar relacionadas ao indivíduo consigo mesmo, pois nem mesmo ele entende o que diz caso viole algum dos pontos acima. A bem da verdade, tais regras não seriam propriamente regras características do Discurso, dado que este ocorre quando da interação de duas ou mais pessoas em um diálogo, ao passo que esse primeiro grupo de regras apresentado por ALEXY possui o caráter de

⁸³ Ao fazer uma breve análise do catálogo desenvolvido por Alexy, Habermas a respeito desse primeiro grupo de regras declara que: “Neste plano, pressupõem-se regras lógicas e semânticas que não tem conteúdo ético algum”. Ibidem, p.112.

⁸⁴ O termo universal encontra-se entre aspas para que não se confunda essas regras com o princípio de universalização “U” exposto no capítulo anterior.

serem monológicas, subsistindo mesmo nas situações em que não se conversa com ninguém, mas somente o falante consigo mesmo.⁸⁵

b) Regras de razão

O segundo grupo, regras de razão, são concernentes ao procedimento que deve ser seguido pelos indivíduos a fim de que o consenso possa ser alcançado, garantindo, especialmente, a imparcialidade e a participação dos interessados no discurso, de modo que nenhum fique de fora. Aqui, as regras fazem referência aos outros indivíduos e não unicamente ao falante consigo mesmo⁸⁶, tal como nas regras do grupo acima. São elas:

2.1 Quem pode falar, pode tomar parte no discurso;

2.2 (a) Todos podem problematizar qualquer asserção;

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades;

2.3 A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em 2.1 e 2.2, mediante coerção interna e externa do discurso.

Mais uma vez, é possível notar o quão devedora é a teoria do Discurso Prático Geral, de ALEXY, dos fundamentos teóricos formulados por HABERMAS, o qual acerca dela afirmou: “Para este plano, Alexy, propôs, partindo de minha

⁸⁵ “Uma parte dessas regras formula exigências gerais de racionalidade, que valem independentemente da teoria do discurso. A elas pertencem a não-contradição a universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados utilizados a claridade lingüística conceitual, a verdade empírica, (...). Todas essas regras servem também para monólogos”. No original: “Una parte de estas reglas formula exigencias generales de racionalidad, que valen aun independentemente de la teoría del discurso. A ellas pertenecen la no contradicción, la universalidad em el sentido de um uso consistente de los predicados utilizados, la claridad lingüística conceptual, la verdad empírica, (...). Todas estas reglas rigen también para monólogos”. ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1995, p. 67

⁸⁶ “Este segundo grupo de regras não é de índole monológica”. No original: “Este segundo grupo de reglas no es de índole monologica”. Ibidem, p. 50.

análise, as seguintes regras do Discurso”.⁸⁷ De outro lado, disse ALEXY: “Estas regras postuladas por mim foram acolhidas por Habermas.”⁸⁸ Sobre o mesmo tema Manuel ATIENZA postulou: “As exigências de simetria e liberdade, propostas por Habermas, (...) constituem o conteúdo das regras do discurso racional que Alexy denomina *regras de razão*”.⁸⁹

Todas essas regras ALEXY condensou em uma única regra geral de fundamentação que ele enunciou nos seguintes termos: “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”.⁹⁰ A pretensão de fundamentabilidade é que jaz ao fundo de todas essas regras; a possibilidade de todos os interessados falarem e expressarem opiniões (simetria), bem como ter garantida a sua participação (liberdade) são noções que, à maneira do que ocorre no primeiro grupo, podem ser reconduzidas à idéia mais originária de que a linguagem é dotada de uma força ilocucionária que a faz voltada para o acordo e faz do seu uso estratégico um uso parasitário.

Com um olhar superficial pode-se entender que essas regras pouco significam ou em nada contribuem para o direito ou para as relações humanas, entendendo-as como óbvias, de modo que não fazem diferença alguma; segundo ALEXY: “Seria possível pensar que com essas regras não se ganhou muito”.⁹¹

Ocorre que não é bem assim, essas regras mostram sua verdadeira importância e são postas no seu devido lugar quando cada um que se propõe a estudar filosofia prática se coloca na posição de um cético moral que entende todas as ações como possíveis, ou seja, sem nenhum tipo de parâmetro, pois somente se colocando nesta posição é que se compreende o alcance e a não-obviedade das regras acima, as quais são algum tipo de controle a medidas arbitrárias, mais especificamente àquelas que são tomadas sem o consentimento

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. Consciência moral..., p. 112.

⁸⁸ “Estas reglas postuladas por mi fueron acogidas por Habermas”. ALEXY, Robert. Teoría del discurso..., p. 50.

⁸⁹ ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 163. Ainda sobre isso o mesmo autor diz: “(...) e as outras três contêm os requisitos da situação ideal de fala ou de diálogo habermasiana, isto é, igualdade de direitos, universalidade e não coerção”. Ibidem, p. 166.

⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 194.

⁹¹ Ibidem, p. 195.

dos envolvidos. Aliás, um olhar sobre o passado pode enxergar vários acontecimentos nos quais estas regras foram vilipendiadas; some-se a isso o fato de que justificativas metafísicas ou teológicas já não responderiam satisfatoriamente a essas situações.

Em outras palavras, a diferença ou ganho que as regras de razão trazem reside no fato de serem um critério hipotético-normativo: “Porém, essas regras não são sem sentido. Os argumentos que não foram aceitos se cumpridos (2.1)-(2.3) (incluindo-se as demais regras do discurso) devem considerar-se não-válidos. Desta maneira, formam, junto às demais regras do discurso, um *critério hipotético-normativo* para a correção das proposições normativas.”⁹² Isso significa que se, quando na situação de um discurso, alguém está impedido pelos outros de falar, tem-se em mãos um critério para dizer por que tal norma de ação que advenha deste procedimento não merece o título de justa ou correta, bem como um motivo da obrigação de permitir este alguém se manifestar.

Haja vista todos os interessados poderem tomar parte no discurso, e este é necessário quando pretensões de correção são questionadas, isso significa que todos os interlocutores têm a obrigação de dar tal oportunidade àquele que fala, sendo necessário, por óbvio, que tais regras sejam respeitadas. Essa obrigação, semelhantemente ao destacado no grupo de regras fundamentais, não é uma obrigação jurídica no sentido estrito do termo, pois ela não está positivada em lei, e tampouco uma obrigação moral, porque são condições para que se possa averiguar a correção de uma norma.⁹³ ALEXY, na esteira da distinção feita por HABERMAS entre os princípios D e U, conclui a seu modo o seguinte:

⁹² Idem.

⁹³ “(...) para a ética processual da discussão, precisamente, os argumentos que excluem a mentira não são argumentos morais, mas primeiramente, argumentos transcendentais.” FERRY, Jean-Marc. La responsabilité à l’égard du passé. Hermes. Paris: n. 10, 1992, p.130 *apud* DUTRA, Delamar Volpato. Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 200. DUTRA se posiciona da mesma maneira: “Qualquer norma com conteúdo só pode ser universalizada por um processo de diálogo numa dada comunidade. Tais normas devem ser distinguidas do conteúdo normativo dos pressupostos da argumentação que podem ser expressos em regras como as formuladas por Alexy. (...) Não se podem confundir regras com conteúdos morais”. Ibidem, p. 200-201. HABERMAS afirma: “Pois a possibilidade de inserção significa apenas a condição de acesso irrestrito ao discurso, e não uma universalidade de uma norma de ação vinculativa, qualquer que seja. A distribuição eqüitativa de liberdades comunicativas no discurso e a exigência de sinceridade em favor do discurso significam deveres e

“O problema se refere a como podem os direitos humanos ser fundados diretamente sobre a teoria do discurso. Uma dedução direta dos direitos humanos das regras do discurso não é possível. Muitos autores tentaram, mas todos se equivocaram. As regras do discurso são meramente regras de fala. Ater-se a elas significa apenas que aos outros *no* discurso se dá o tratamento de interlocutores com os mesmo direitos. Disso, todavia, não se extrai que o outro sem mais, isto é, também na esfera da ação, tenha que ser reconhecido como pessoa. De um reconhecimento pragmático-linguístico não se segue ainda nenhum reconhecimento moral ou jurídico”.⁹⁴

Ou seja, a exigência de segui-las se encontra em última instância somente na contradição performativa⁹⁵ que surge quando um falante postula algo como devido para todos e, no entanto, se escusa de apresentar argumentos que

direitos *argumentativos*, e de forma alguma morais. Igualmente, a ausência de coação refere-se ao próprio processo argumentativo, e não a relações interpessoais externas a essa práxis”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 61.

⁹⁴ “El problema se refiere acómo pueden fundarse derechos humanos directamente sobre la base de la teoría del discurso. Una deducción directa de los derechos humanos de las reglas del discurso no es possible. Muchos autores lo han intentado pero todos se han equivocado. Las reglas del discurso son meramente reglas de habla. Atenerse a ellas significa solo que a los otros *em el discurso* se da el trato de interlocutores com los mismos derechos. De esto todavía no se desprende que al otro sin más, esto es, también en la esfera de la acción tenga que reconocérsele como persona. De um reconocimiento pragmático-linguístico no se segue aún ningún reconocimiento moral o jurídico”. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y...*, p. 98-99. O autor diz o mesmo em outras palavras ao analisar a relação entre a teoria do discurso e a teoria jusnaturalista: “Isto se pode tomar como pretexto para aduzir frente à teoria do discurso a acusação clássica de uma falsa conclusão de um ser/dever-ser. Essa objeção passa ao alto, não obstante, que o argumento transcendental não consiste em que se deduzam normas de fatos, mas sim que se reconstrói uma práxis em que cada um, ao menos rudimentarmente, participa desde a perspectiva do participante”. No original: “Esto se puede tomar como pretexto para aducir frente a la teoría del discurso la sindicación clásica de una falsa conclusión de um ser/deber ser. Esta objeción pasa por alto, no obstante, que el argumento transcendental no consiste em que se deduzan normas de hechos, sino que em que se reconstruye uma práxis em la que cada uno a lo menos rudimentariamente participa, desde la perspectiva del participante.” Ibidem, p. 86. HABERMAS, na passagem que adiante se lê, também mostra a independência das regras pragmáticas de argumentação frente ao direito: “Eu não me importo se você chama isto de um tipo de ‘direito natural’, nem fico nervoso a respeito de uma falácia naturalista, se cometemos a falácia no modo certo – não como observadores, olhando de fora para o mundo por estado de coisas e eventos, mas como participantes no discurso, refletindo sobre um conjunto de pressuposições inevitáveis de nossa performance”. No original: “I don not mind if you call it a kind of ‘natural law’, neither am I nervous about a naturalist fallacy, if we commit the fallacy in the right way – not as observers, looking outside into the world for states and events, but participants in discourse, reflecting on the set of unavoidable presuppositions of our performance.” HABERMAS, Jürgen. *A short...*, p. 448.

⁹⁵ HABERMAS pensa o mesmo nos seguintes termos: “Mediante uma investigação sistemática das contradições performativas, é possível comprovar a pressuposição de algo como uma comunidade ilimitada de comunicação – idéia que APEL desenvolve a partir de PEIRCE e MEAD”. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral...*, p.111. O termo “ilimitada” usado acima significa exatamente uma comunidade em que todos tem a garantia de argumentar livremente sem nenhum tipo de coação, seja ela física ou psicológica.

embasem sua fala, atitude esta que vai de encontro à idéia da linguagem como naturalmente voltada para o entendimento mútuo. Desrespeitá-las não é injusto e nem antijurídico, uma vez que elas são anteriores a qualquer juízo desse tipo e não se fundamentam nele.

ALEXY explica claramente essa idéia, com uma implícita aceitação da teoria habermasiana da fundamentação das regras, na seguinte passagem:

“Quem assevera algo levanta uma pretensão de verdade ou correção. Esta tese pode se apoiar no que surge uma contradição performativa quando ela é impugnada. Incorre em uma contradição performativa quem com a realização de um ato de fala pressupõe, pretende ou dar a entender algo cujo conteúdo contardiz esse ato de fala. Tomemos a seguinte asserção: (1) Eu afirmo que chove e enfatizo ao mesmo tempo que isto é falso. Esta asserção inclui uma contradição performativa porque uma parte do que se diz (‘eu faço constar que isso é falso’)contradiz aquilo que se pressupõe coma afirmação da asserção, ou seja, a pretensão de verdade ou correção”.⁹⁶

Ora, se isto é certo e o único fundamento para estas exigências é evitar a contradição performativa sob pena de a fala perder sua razão de ser, então a crítica que se volta contra a ética do Discurso por meio da impossibilidade de um real cumprimento da situação ideal de fala também é afastada, tendo em vista que a justificativa dela não pode ser reconduzida à sua realização e menos ainda à sua utilidade. As regras são seguidas não porque são possíveis e sim por serem exigências da racionalidade. E, diga-se ademais, o próprio crítico da situação ideal de fala as pressupõe ao expor suas objeções, pois somente num espaço de liberdade e livre compreensão é que ele pode tentar convencer seu interlocutor da impossibilidade da situação ideal de fala. Exceto, claro, que não pretenda convencer por meio de argumentos sua posição e esteja agindo estrategicamente, o que o faz incorrer em uma contradição. Em outras palavras, ele entenderia como não problemática uma aceitação por parte de um interlocutor que não se convenceu dentro de um contexto de uma situação ideal de fala.

⁹⁶ “(1) Quien asevera algo eleva una pretensión a la verdad o corrección. Esta tesis puede apoyarse en que surge una contradicción cuando ella es impugnada. Incorre en una contradicción performativa quien con la realización de un acto de habla presupone, pretende o implícita algo cuyo contenido contradice esse acto de habla. Tomemos la siguiente aserción: (1) Yo afirmo que llueve y enfatizo al mismo tiempo que esto es falso. Esta aserción incluye una contradicción performativa porque una parte de lo que se dice(“yo hago constar que eso es falso”) contradice aquello que se presupone con la ratificación del aserto, o sea, la pretensión de verdad o corrección”. ALEXY, Robert. Teoría del discurso..., p. 77.

Como HABERMAS postula, ela não é uma utopia, mas uma pressuposição que necessariamente se faz a cada vez que se argumenta.

Vários teóricos se insurgiram contra a ética do Discurso afirmando que a realização da situação ideal de fala ou efetivação das garantias apregoadas pela ética discursiva é uma utopia, como se por esse motivo a teoria deve-se ser descartada e substituída por outra.

Lênio STRECK, em uma referência a HABERMAS na sua obra *Verdade e Consenso*, segue essa linha de raciocínio, a qual pode ser entendida como uma referência a ALEXI também, ao sustentar que:

“Sua teoria parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do *Welfare State* foi realizada e, com isso, *pressupõe sociedades com algum grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos*. Em Habermas, fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos. Também, aqui, *várias críticas podem ser dirigidas a Habermas*, como a de que as condições ideais requeridas para as deliberações práticas parecem constituir o cenário próprio de uma utopia. Daí a indispensável indagação: como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido?”⁹⁷

Ainda no interior dessa forma de pensamento o mesmo autor afirma: “Por isso, a minha insistência no sentido de que a teoria habermasiana não se destina a países como o Brasil, em que as condições para a formulação dos requisitos que levarão à emancipação dos sujeitos sociais são absolutamente precárias”.⁹⁸ Ainda: “Assim – e isso se afigura como absolutamente relevante para a compreensão de toda essa discussão -, as consequências que se quer tirar de Habermas para o direito brasileiro ficam aquém das exigências de uma inclusão social ou de transformação social”.⁹⁹

A crítica de STRECK se dirige à aplicabilidade ou, por que não, à utilidade da ética discursiva, mais especificamente nos países de terceiro mundo nos quais indubitavelmente parte das relações humanas não se dão em espaços de liberdade e suficiente esclarecimento. Tanto HABERMAS quanto ALEXI já se

⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 100-101.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 102.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 109.

mostraram cientes desses pontos ao assentirem o quão difícil, ou até mesmo impossível, é que uma situação ideal de fala se torne real, dado esta ser contrafáctica.

Repetindo o que já foi dito acima, para entender a real amplitude da teoria habermasiana, tem-se que, antes de perguntar se com ela é possível ou se é eficiente para a inclusão social ou para construir uma sociedade mais justa, questionar por que se deve promover a inclusão social ou agir conforme o que é justo, em outras palavras, remontar aos fundamentos últimos partindo de um ponto de vista cético. Parece que STRECK toma a inclusão social e a transformação social, na expressão de HEIDEGGER, como exigências “caídas do céu”, sem apresentar motivos que a fundamentem, ao passo que a ética discursiva sim.

É mais do que importante frisar que a porta de entrada para a genuína compreensão de todo o arsenal teórico habermasiano é o ceticismo moral; a impossibilidade de fundamentação última de normais morais é a pergunta que HABERMAS se faz e tenta responder. Interpelar seus escritos com indagações do tipo “para que serve?” ou se com ela é possível melhorar o mundo é um equívoco; são indagações equivocadas.

O que ocorre é que ao fundo dessas críticas, não apenas a de STRECK, mas também de vários outros que se guiam pelo critério da praticidade, jaz implícita uma certa concepção “instrumental” da filosofia porque estes autores parecem medir a fundamentação e aceitação de um sistema filosófico pela sua utilidade ou aplicabilidade “prática”¹⁰⁰. Como se um sistema filosófico fosse um instrumento com o qual o homem pudesse obter algo que almejasse, sendo que caso tal sistema não seja apto, idôneo, isto é, se revele inútil, ele deve ser descartado e substituído por outro, tal como faz-se com ferramentas.

Martin HEIDEGGER mostrou de modo claro e direto essa idéia nas seguintes palavras:

¹⁰⁰ O termo se encontra entre aspas a fim de destacar que está sendo usado de uma maneira tal como o senso comum o toma. Conferir no capítulo seguinte a adequada compreensão do termo prática em filosofia.

“Até se crê ter feito pessoalmente a experiência e ouve facilmente confirmada, de que da filosofia da filosofia ‘não se obtém resultado algum’; ‘com ela não se pode fazer nada’. Ambas as maneiras de falar (...) exprimem verificações de indiscutível exatidão. Quem tentasse provar-lhes que por fim se ‘obtem mesmo alguma coisa’, esse não faria outra coisa senão aumentar e consolidar a incompreensão reinante. Essa se cifra no pré-conceito, segundo o qual se poderia avaliar a filosofia de acordo com os critérios vulgares, com que se decide da utilidade de bicicletas ou da eficiência de banhos medicinais. Está pois certo e na melhor ordem dizer-se que ‘com a filosofia nada se pode fazer’. O errado seria pensar, que, com isso, terminou o juízo sobre a filosofia. Pois sobrevem-lhe ainda um pequeno acréscimo na forma de uma contra-pergunta: se NÓS nada poderemos fazer com a filosofia, acaso a filosofia também não poderá fazer alguma coisa CONOSCO, com tanto que nos abandonemos a ela?”¹⁰¹

Reiterando o que foi dito acima, tais críticas não enxergam que as regras do discurso não estão pautadas na possibilidade de sua aplicação, mas na contradição performativa que emerge quando se nega aquilo que é afirmado ou se tem por incorreto o que é prescrito, sendo que tais regras são gerais e se impõem a todo aquele que fala, mesmo quando se trata de países periféricos como os da América Latina e mesmo do continente africano¹⁰².

c) Regras sobre a carga da argumentação

O terceiro, e último grupo de regras, indica quem deve argumentar e em qual momento, em outras palavras, sobre quem recai o ônus da argumentação ou

¹⁰¹ HEIDEGGER, Martin. Introdução à metafísica. 4. ed. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 42-43. O mesmo autor, ainda no mesmo sentido: “Por isso a filosofia não é um saber que à maneira de conhecimentos técnicos e mecânicos se possa aprender diretamente ou, como uma doutrina econômica e formação profissional, se possa aplicar imediatamente e avaliar de acordo com sua utilidade”. Ibidem, p. 39.

¹⁰² “Com a tese da forma de vida mais geral do homem não se desconhece que existam diversas formas concretas de vida. Mas esta formula que toda forma de vida humana contém universalidades teórico-argumentativas, que podem se expressar através das regras do discurso. Essas universalidades podem chegar a ser em realidade muito parcas por causa de tabus ou terror”. No original: “Con la tesis de la forma de vida más general del hombre no se desconoce que hayan las más diversas formas concretas de vida. Pero ésta formula que toda forma de vida humana contiene universalidades teórico-argumentativas, que pueden expresarse a través de las reglas del discurso. Esas universalidades pueden llegar a ser en realidad muy poco a causa de tabúes, tutelajes o terror”. ALEXY, Robert. Teoría del discurso..., p. 85. Ainda no mesmo texto: “As regras do discurso, sem embargo, não definem uma forma particular de vida, mas sim algo comum a toda forma de vida humana, sem prejuízo do fato de que nela se impõem em diferentes medidas”. No original: “Las reglas del discurso, sin embargo, no definen una forma particular de vida, sino algo que es común a toda forma de vida humana, sin perjuicio del hecho de que en ella se imponen en diferente medida”. Ibidem, p. 86. (grifo nosso).

quais tipos de afirmações podem ser questionadas e merecem uma justificativa. São elas:

3.1 Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.

3.2 Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso.

3.3 Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

Com a regra 3.2 se evita o problema de questionamento ad *infinitem*¹⁰³, pois se há uma obrigação de fundamentar aquilo que é dito, o interlocutor, a quem é permitido problematizar qualquer afirmação, poderia questionar infinitamente “por quê?” sem ter ele mesmo que justificar por que está perguntando, o que o colocaria em uma situação muito cômoda. Segundo ATIENZA, essa regra é importante pois “o uso irrestrito das regras – especialmente das diversas variantes de 2.2 – poderia levar ao bloqueio da argumentação”.¹⁰⁴

Aliás, a obrigação 3.2 evita que perguntas de cunho estratégico e que não estejam voltadas para o entendimento possam ganhar espaço no interior do Discurso, pois somente devem ser problematizadas e levantadas proposições que estejam ligadas ao problema sobre o qual se almeja um acordo.

¹⁰³ “Finalmente, não é admissível que um falante exija continuamente de seus interlocutores razões”. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 198.

¹⁰⁴ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 167.

2.2 – A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO

Acima foi afirmado que o fundamento das regras do discurso não reside na possibilidade de sua concreta realização, como se tais regras tivessem que ser postas à prova a cada vez que alguém se visse na “obrigação” de segui-las para então comprovar que são realizáveis e somente então se ver obrigado a agir conforme elas. Se assim fosse, não existiria obrigação alguma, mas sim um ato de vontade em se decidir pelas regras ou não, cujo cumprimento ainda não se descobriu obrigatório.

Entretanto, pelo fato da fundamentação não ser feita a partir disso, não se pode sem mais concluir que a ética do discurso seja indiferente à concretização e não procure meios que viabilizem a real garantia da comunicação ofertada. Neste ponto Discurso e direito se encontram.

O que acima se mostrou é o conjunto de regras que constituem o discurso prático geral, cujas raízes estão fincadas na teoria habermasiana.

Isto posto, ALEXY se propôs a pensar as relações existentes entre Discurso e direito, o que o levou a responder afirmativamente à pergunta: É o direito um caso de discurso prático?

ALEXY faz a divisão do discurso em quatro níveis que se relacionam de modo a justificar o outro. Veja-se a seguinte passagem:

“No primeiro nível está o discurso prático geral. Embora seu sistema de regras estabeleça algo como um código geral da razão prática, ele de forma alguma conduz a apenas um resultado em cada caso. Mas a solução de conflitos sociais exige a definição de um único resultado. Isso torna necessário, no segundo nível, um procedimento institucional de criação do direito, no âmbito do qual não apenas se argumenta, mas também se decide. Um exemplo paradigmático de um tal procedimento é o processo legislativo do Estado democrático constitucional, o qual é definido por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento”.¹⁰⁵

Isso que o autor denomina discurso prático geral ou código geral da razão prática já foi exposto acima, bem com suas várias regras.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 550.

Da necessidade de se alcançar um único resultado, ou seja, um consenso, advém um outro tipo de discurso, que seria este que o autor denomina de segundo nível. É também em virtude de se garantir efetivamente a participação dos envolvidos nas ações comunicativas, ou a própria racionalidade desta, que se torna necessário a institucionalização da razão que se dá na forma do procedimento legislativo em uma democracia, âmbito este no qual se dá a criação estatal das normas jurídicas ou a positivação de normas em lei.

Afora isso, ALEXY oferece outras razões para a institucionalização. Uma delas é a necessidade de imposição de agir conforme a norma que é tida como correta pelos indivíduos. Porque, por mais que haja um consenso quanto à correção da norma, ainda é possível que, por motivos diversos, não se cumpra aquilo que se acha justo. Nas palavras do autor: “O conhecimento da correção ou da legitimidade de uma norma é outra coisa que seu cumprimento.”¹⁰⁶

O outro motivo pelo qual pede-se a institucionalização é o da organização. A mera atuação individual e cooperação espontânea não são capazes de engendrar o cumprimento das exigências morais que advenham de discursos práticos.

Esses níveis de discurso até então apresentados não são discursos jurídicos ainda, é mais acertado dizer que caracterizam a política, tal como o procedimento legislativo. Malgrado isso, todas as regras do discurso e as pretensões levantadas na linguagem vinculam os falantes que interagem nesse contexto.¹⁰⁷

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luis Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 30.

¹⁰⁷ “Assim, formulam uma pretensão de correção o legislador em relação aos destinatários da lei, o juiz em relação com as partes do processo correspondente e o funcionário administrativo frente aos destinatários de seus atos administrativos. Esse círculo de destinatários pode ser denominado institucional”. No original: “Así, formulan una pretensión de corrección el legislador respecto de los destinatarios de la ley, el juez en relación con las partes del correspondiente proceso y el funcionario administrativo frente a los destinatarios de sus actos administrativos. Esse círculo de destinatários pode ser denominado institucional”. ALEXY, Robert. *Derecho y corrección*. In: _____. *La Institucionalización de la Justicia*, Tradução: Jose Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005, p. 33-34. (grifo nosso). Thomas da Rosa Bustamante assevera a mesma idéia nos seguintes termos: “A contradição performativa não deixa de ser uma contradição no sentido clássico, sendo que essa última noção pode se aplicar (sem nenhum problema) aos atos de produção legislativa, haja vista que tais atos expressam e implicam conteúdos declaratórios e proposicionais”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação*

Os demais níveis de discurso, estes sim jurídicos, ALEXY assim os explica:

“Mas mesmo por meio do processo legislativo não é possível determinar, de antemão e para cada caso, uma única solução, como demonstram tanto experiências históricas quanto reflexões conceituais. Isso justifica a necessidade de um terceiro procedimento, o procedimento do *discurso jurídico*. Como o primeiro, esse procedimento não é institucionalizado em um sentido estrito; por outro lado, e ao contrário dele, encontra-se sob a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Essa vinculação tem como consequência uma considerável redução na incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Mas, em razão da necessidade de uma argumentação prática geral no âmbito da argumentação jurídica, a incerteza quanto ao resultado não é eliminada. Isso leva à necessidade de um quarto procedimento – nesse caso, institucionalizado em sentido estrito -, a saber, o *processo judicial*, no qual, da mesma forma que acontece no processo legislativo, não apenas se argumenta mas também se decide. Os resultados desse procedimento são racionais se suas regras e sua execução satisfizerem os requisitos dos três primeiros procedimentos”.¹⁰⁸

Não obstante isso, a positivação das leis traz consigo uma indefinição da linguagem por meio da qual se dá e mostra como o legislador é incapaz de prever todos os casos possíveis, motivos estes que dificultam a obtenção de uma única resposta para os conflitos e exigem, portanto, um terceiro procedimento discursivo seguinte e mais específico do que o seu anterior, a que o autor chama de discurso jurídico.

Contudo, a redução da incerteza ainda não alcançou suficiente grau, razão esta que traz à existência um quarto e último procedimento: o processo judicial, no qual surge a decisão judicial, a qual será justa/correta desde que todos os procedimentos anteriores também o sejam, isto é, desde que tenham sido respeitados em todas as suas regras que, no fim, remontam às regras do agir comunicativo, da situação ideal de fala. Disto se pode concluir que uma decisão judicial só será correta se for embasada em uma lei correta, ou seja: pressupõe-se um legislador racional.

Logo, é possível ver como o direito, positivado em lei, bem como o Estado, encontram seu fundamento e se mostram obrigatórios. Não é a eficácia das regras ou o seu efetivo cumprimento que justificam o Estado e o direito positivo, como se estes só tivessem sua razão de ser caso houvesse uma realização das regras do

Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 98-99.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos..., p. 550.

Discurso, mas sim as regras do Discurso que fundamentam estes.¹⁰⁹ Acerca disso, ATIENZA postulou:

“Assim, o direito é justificado em termos discursivos, tanto na sua dimensão propriamente normativa, isto é, como um conjunto de normas(...) que, movendo-se dentro do campo do discursivamente possível, fazem com que aumente a possibilidade de resolução de questões práticas, quanto na sua dimensão coativa, isto é, na medida em que suas normas podem se impor, também, a quem não está disposto a segui-las de bom grado”.¹¹⁰

De tudo, desta afirmação se compreende que a teoria do discurso não é insensível à eficácia ou realização de suas garantias. Como bem se vê, existe tal preocupação. Ocorre que, entretanto, essa preocupação não está estritamente ligada à fundamentação, pois como já dito anteriormente, a fundamentação das regras não se dá pela sua real aplicação, pelo contrário, são as regras inerentes à comunicação, e somente elas, que tornam possível defender (justificar) a institucionalização ou o Estado.

Todavia, ALEXY parece não ter sido assaz claro na distinção entre os vários níveis de discurso, mormente no que se refere à diferença entre o discurso jurídico (3º) e o processo judicial (4º), e na apresentação das peculiaridades de cada um, o que leva a concordar com ATIENZA¹¹¹.

¹⁰⁹ HABERMAS conclui o mesmo ao dizer que a institucionalização obedece aos objetivos da argumentação em geral, leia-se: “(...) é preciso dispositivos institucionais a fim de neutralizar as limitações empíricas inevitáveis e as influências externas internas evitáveis, de tal sorte que as condições idealizadas, já sempre pressupostas pelos participantes da argumentação possam ser preenchidas pelo menos numa aproximação suficiente. Estas necessidades triviais da institucionalização de Discursos não contradizem de modo algum o conteúdo parcialmente contrafactual das pressuposições do Discurso. As tentativas de institucionalização obedecem antes, por sua parte, as representações normativas do objetivo visado que tiramos involuntariamente da pré-compreensão intuitiva da argumentação em geral. Essa asserção pode ser verificada empiricamente com base naquelas habilitações, imunizações, regulamentos, etc, por meio dos quais os discursos teóricos foram institucionalizados na atividade científica e os Discursos práticos, por exemplo, na atividade parlamentar.” HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral...*, p. 115.

¹¹⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do...*, p. 171.

¹¹¹ “Embora Alexy não seja suficientemente claro nesse ponto, as distinções anteriores (que não aparecem assinaladas, ou pelo menos não tão claramente, em suas primeiras obras) levam a pensar que ele distingue, de alguma forma, a argumentação jurídica em sentido estrito (a que se desenvolve no contexto do segundo procedimento e que – pode-se supor – seria basicamente a da dogmática jurídica) da argumentação jurídica em sentido amplo (que incluiria também a argumentação legislativa, a argumentação do juiz, a das partes no processo, a da opinião pública etc.). De qualquer maneira, de agora em diante a expressão ‘discurso jurídico’ será, neste livro, utilizada num sentido amplo e um tanto indefinido (como, em geral, faz o próprio Alexy).” *Ibidem*, p. 172. (grifo nosso).

Malgrado essa indefinição por parte do autor, é possível falar em discurso jurídico, ainda que de maneira vaga como o faz ATIENZA. Afinal, não é sem motivos que o próprio HABERMAS se convenceu da tese que defende a existência de um discurso jurídico nos seus mais variados níveis institucionais: “Esta circunstância me havia movido em princípio a considerar o fim de uma causa como uma ação estratégica. Porém, tanto R. ALEXI (1978), convenceu-me de que as argumentações jurídicas, em toda a sua variedade institucional, hão de ser entendidas como um caso especial de discurso prático”.¹¹²

2.3 – A TESE DO CASO ESPECIAL

2.2.1 – O direito como questão prática

Algumas características do direito o fazem demasiadamente próximo ao conceito de discurso tal como veio sendo apresentado até aqui. ALEXI tem uma firme posição a respeito dessa semelhança. É a tese de que o direito é um modo especial de discurso, isto é, o direito absorve as características e regras essenciais do discurso, divergindo, no entanto, quanto alguns pontos que o fazem um caso peculiar.

A primeira semelhança é a de que o direito diz respeito a questões práticas. Habitualmente se entende por prática a aplicação ou o uso de um arsenal teórico em uma situação específica e concreta, por assim dizer. Essa forma de pensar está implícita nas afirmações cotidianas, tais como: “É bonito na teoria, mas de nada vale na prática”, ou ainda, “tal teoria não funciona na prática”.

Aliás, esse modo de encarar as questões está, como já se disse, ao fundo das críticas que se levantam contra a “praticidade” ou “viabilidade” da concretização das regras do discurso.

¹¹² “Esta circunstancia me había movido em um principio a considerar la vista de una causa como una acción estratégica. Mientras tanto R. ALEXI (1978), me há convencido de que las argumentaciones jurídicas, em todas suas acuñaciones institucionales, han de entenderse como um caso especial de discurso prático”. HABERMAS, Jürgen . Teoría de la acción..., p. 60.

Todavia, a filosofia, especificamente o modo como lida com as suas questões, está longe do que se compreende comumente. E com relação ao que se entende por prática não seria diferente.

No contexto filosófico, o termo prática ou razão prática traz o sentido da ação humana, ou de como o homem justifica suas ações, com vistas a que age.¹¹³ Colocando-se as coisas desse modo conclui-se que é possível teorizar sobre a prática e que esta é teórica. Distinto, portanto, das ciências, âmbito este em que a prática é uma instância totalmente separada da teoria e no qual esta é comprovada e justificada.

ALEXY toma o termo no mesmo sentido quando diz: “a respeito de problemas práticos entendo problemas que concernem ao que é devido e proibido, ao que é permitido, bom ou mau.”¹¹⁴ Observando-se as ações dos operadores do direito, dentre juízos, advogados e outros, vê-se que é exatamente isso que fazem, dão ordens, dizem como as coisas devem ser, o que é proibido, etc.

2.2.2 – A pretensão de correção

Da maneira como HABERMAS e ALEXY entendem a linguagem se concluiu que uma pretensão de correção é levantada em todo e qualquer ato de fala do tipo de ordens e permissões, independente do local, pessoa, idioma¹¹⁵ ou circunstância em que tal ato é realizado, uma vez que a mencionada pretensão não reside nestes elementos, ainda que essenciais a um ato de fala, mas sim na própria linguagem.

Logo, sendo o direito um modo de interação comunicativa em que ordens e permissões são proferidas, como já exposto no tópico acima, a pretensão de correção está presente do mesmo modo nas relações jurídicas, levando ALEXY a

¹¹³ Mais a esse respeito quando for explicado os diferentes usos da razão prática segundo HABERMAS.

¹¹⁴ “Bajo problemas práticos entiendo problemas que conciernen a lo que es debido y prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo”. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso...*, p. 47. O uso do termo bom e mau usados pelo autor serão problematizados mais adiante quando se aprofundar a questão da racionalidade dos princípios jurídicos.

¹¹⁵ DUTRA em análise das regras do agir comunicativo postula: “Essas condições estão além das linguagens particulares”. DUTRA, Delamar Volapo. *Kant e Habermas...*, p.165.

postular a existência de uma relação necessária entre direito e pretensão de correção¹¹⁶.

Em assim sendo, o direito é uma interação entre falantes que impõem condutas e deveres uns aos outros, razão pela qual seus atos de fala levantam uma pretensão a qual pode ser problematizada e resgatada sob as condições das regras do discurso e suas garantias já apresentadas.

Porém, aqui jaz uma peculiaridade do discurso jurídico, uma vez que neste, segundo ALEXY, levantam-se pretensões de correção que estão limitadas pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, os operadores do direito devem obediência ao que já foi consentido nos outros discursos, tal como o procedimento legislativo.

A mencionada pretensão, como todo ato de fala, implica a existência de um falante o qual, no âmbito jurídico, não se trata de uma coletividade como o estado ou comunidade jurídica, ou ainda de sujeitos abstratos, mas sim de sujeitos que intervêm no e para o direito, criando-o, interpretando-o, aplicando-o e impondo-o. São, em última instância, pessoas que podem ser identificadas individualmente.

Esta tese da relação necessária entre direito e correção deu ensejo a uma mesma crítica levantada por vários autores. ATIENZA a traduz nas seguintes palavras:

“Em primeiro lugar, a existência de uma pretensão de correção é, sem dúvida, mais fácil de aceitar em certos âmbitos da argumentação jurídica do que em outros. E onde é mais duvidoso que ocorra essa pretensão é na argumentação empreendida pelas partes num processo. Não se trata apenas do fato de haver, nessa situação, uma distribuição assimétrica de papéis e limitações de caráter temporal e de objeto (que significaria infringir as regras da razão), e sim que, além disso, o que em geral parece motivar a conduta das partes não é tanto que o julgamento seja justo ou correto, e sim que o resultado a que se chegue lhes seja vantajoso; o que as leva a agir não é a busca cooperativa da verdade, e sim a satisfação dos seus interesses”.¹¹⁷

¹¹⁶ Na verdade, o autor fala de uma relação necessária entre direito e moral, a qual será devidamente esclarecida quando se mostrar a relação entre o termo moral e correção.

¹¹⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões...*, p. 197. Lênio STRECK também apresenta a mesma objeção: “será possível exigir em uma sala de audiência, em um fórum ou tribunal, o cumprimento de tais requisitos para a formação de uma condição ideal de comunicação, se a teoria habermasiana não se coloca no mundo empírico?”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade...*, p. 92.

Da leitura desse trecho pode-se concluir que a crítica de ATIENZA reside na afirmativa de que a pretensão de correção não acontece em todos os âmbitos da argumentação jurídica, mas apenas em alguns. Ele postula que em certas situações, tais como em um processo, as partes não estão motivadas por justiça, pelo contrário, os seus interesses particulares e a procura de seu próprio bem-estar ditam o conteúdo de seus comandos de ação.

Arthur KAUFMANN faz a mesma objeção: “Qualquer pessoa que seja, ou tenha sido, juiz (penal) deverá considerar altamente duvidoso que todas as partes em um processo judicial efectivamente ‘pretendam argumentar razoavelmente’, o que ALEXY designa como essencial da sua teoria do caso especial”.¹¹⁸

De fato, as coisas muitas vezes sucedem dessa maneira. Contudo e não obstante isso, os autores parecem não ter compreendido acertadamente a tese que sustenta a necessária pretensão de correção. A pretensão não reside na vontade ou intenção dos falantes, mas sim na própria linguagem, cuja força ou sentido não faz referência e não remonta às motivações do indivíduo que fala. Além do mais, as partes devem convencer o juiz, e para isso devem usar argumentos universalizáveis. Não se nega que muitas vezes não se tenha intenção de argumentar discursivamente. Segundo HABERMAS:

“Nós não saberíamos de forma nenhuma o que significa a expressão: compreender o significado de um proferimento, se ignorássemos que ele pode e deve servir para a criação de um consenso; e o próprio conceito de consenso implica que ele ‘vale’ para os participantes. Portanto, a dimensão da validade habita no âmago da linguagem. A orientação através de pretensões de validade faz parte das condições pragmáticas do entendimento possível – e da própria compreensão da linguagem”.¹¹⁹

¹¹⁸ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs.) Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 195. A crítica de KAUFMANN não se resume a esse ponto, ele também faz objeções quanto à concretização das garantias das regras do discurso: “Especialmente Robert Alexy desenvolveu, de forma notável, regras prescritivas de argumentação e de preferência. A única desvantagem reside no facto de essas regras se ajustaram ao discurso racional, mas já não ao procedimento judicial. É claro que Alexy entende esse último como um «caso especial» do discurso racional, mas fá-lo sem razão. O procedimento judicial não é livre, as partes estão vinculadas à lei, mesmo a uma lei imperfeita, o procedimento não pode ser arrastado eternamente, ou nem sequer pode ser levado ao ponto do esgotamento dos argumentos. (...) O procedimento não deve servir apenas a verdade e a justiça, mas também, e sobretudo, a paz jurídica(...). Ibidem, p. 194.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Pensamento..., p. 128.

Por mais que os falantes não tenham a intenção de instaurar justiça, a pretensão ainda se faz presente. Robert ALEXY é da mesma opinião ao aceitar a teoria dos atos de fala no exemplo de SEARLE do caso da promessa: “Essa pretensão de correção não deixa de existir pelo fato de perseguir quem fundamenta algo unicamente a partir de seus interesses subjetivos. Seria o caso da promessa. O fato de eu fazer uma promessa e ter secretamente a intenção de não a cumprir não afeta a obrigação que surge objetivamente da promessa”.¹²⁰

Com isso, percebe-se o tom subjetivista que os críticos erroneamente conferem à tese de ALEXY, revelando que ainda se movimentam no paradigma da consciência, em que a vontade dos falantes seria determinante.

ALEXY, todavia, não nega a possibilidade de razões subjetivas e idiossincráticas motivarem o proferimento de um ato de fala, porém, defende a tese, ancorado em HABERMAS, de uma preponderância da força ilocucionária sobre vontades particulares. É unicamente por essa razão que distingue uma pretensão subjetiva e uma objetiva como se lê a seguir:

“Em última instância, estes são sempre indivíduos ou pessoas individuais. Poderia se objetar que, com este recurso às pessoas, a pretensão de correção se tornaria subjetiva em demasia. Que alguém formule qualquer tipo de pretensão é assunto seu. (...) Para responder a dita objeção, há de se distinguir entre uma formulação subjetiva e outra objetiva. Uma pessoa formula subjetivamente uma pretensão quando quer formulá-la. Neste caso, pode se falar também de uma pretensão pessoal de correção. Em troca, se todo aquele que decide, julga ou argumenta em um sistema jurídico deve formular dita pretensão, se trata de uma pretensão objetiva de correção. Esta pretensão objetiva não é um assunto privado, mas sim está necessariamente relacionada com o rol de participantes no sistema jurídico. Por isso, também poderia qualificar-se como ‘oficial’. A pretensão é, certamente, formulada por pessoas, mas em nome do direito. Por isso, também se poderia dizer que o direito a formula através de pessoas que intervêm nele e para ele”.¹²¹ (tradução nossa)

¹²⁰ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 212. Conferir página 14 do presente trabalho. No campo jurídico ALEXY afirma: “As partes ou seus advogados formulam com suas intervenções uma pretensão de correção ainda que só persigam interesses subjetivos”. Ibidem, p. 216.

¹²¹ “En última instancia, éstos son siempre individuos o personas individuales. Podría objetarse que, con este recurso a las personas, la pretensión de corrección se subjetivizaría en demasia. Que alguien formule cualquier tipo de pretensión es asunto suyo. (...) Para responder a dicha objeción há de distinguirse entre una formulación subjetiva y otra objetiva. Una persona formula subjetivamente una pretensión cuando quiere formularla. En este caso, puede hablarse también de una pretensión personal de corrección. En cambio, si todo aquel, que decide, juzga o argumenta em um sistema jurídico deve formular dicha pretensión, se trata de una pretensión objetiva de corrección. Esta pretensión objetiva no es un asunto privado, sino que esta necesariamente relacionada com el rol de participante em el sistema jurídico. Por ello, también podría calificarse como ‘oficial’. La pretensión es, ciertamente formulada por personas, pero en nombre del

Os argumentos que não se distanciam da pessoa e da história de vida do falante não passam de meras opiniões que de modo nenhum vinculam os ouvintes que sempre têm uma vida pessoal diversa. Somente aquilo que é posto de forma objetiva, para além de particularidades e relativismos, é que pode alcançar o reconhecimento intersubjetivo.

Vale dizer que no contexto de um processo judicial, por exemplo, a objetividade de uma norma está atrelada ao ordenamento jurídico, em respeito ao já acordado nos outros níveis do discurso, sob pena de o magistrado tomar uma decisão ilegítima. Eis aí uma característica que faz o discurso jurídico um caso especial de discurso prático: “Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente”.¹²²

Ocorre que é possível, ou até muito comum, que haja uma contradição entre a pretensão subjetiva e a objetiva. Muito embora isso possa acontecer, a tese da relação necessária entre direito e moral não é abalada, pois a contradição pode se tornar explícita e o comando de ação perder toda a sua força legitimadora.

ALEXY traz à luz alguns exemplos de como a negação da pretensão de correção corrói o ato normativo. O primeiro deles se dá num contexto de discurso do primeiro dos níveis apresentados, um ato legislativo que exprime o seguinte: “X é uma república soberana, federal e injusta”. Há um defeito neste ato de fala. Apesar de ser uma redação não convencional, não é este o defeito a que se refere o autor, pois muitas redações de textos excêntricas, tal como uma de centenas de páginas, não apresentam o mesmo defeito. Tampouco é moral ou política, malgrado ser politicamente inadequada. Mas sim a contradição performativa:

“Nem o defeito convencional, nem o moral, nem o ético explicam o absurdo da cláusula da injustiça. Esta, como sucede com o absurdo, resulta de uma contradição. Tal contradição surge porque com o ato de promulgar uma constituição se formula necessariamente uma pretensão de correção que, neste caso, é essencialmente uma pretensão de justiça (...) a contradição reside, portanto, em que com o ato de promulgar a Constituição se realiza implicitamente uma afirmação que contradiz o conteúdo expresso do ato constituinte, a

derecho. Por ello, también podría decirse que el derecho la formula a través de personas que intervienen en y para él”. ALEXY, Robert. *Derecho y corrección*, p. 33.

¹²² ALEXY, Robert. *Teoría da argumentação...*, p. 210.

cláusula da injustiça. As contradições entre o conteúdo de um ato e o que se pressupõe necessariamente com a execução de dito ato podem ser denominadas ‘contradições performativas’.¹²³

Com isso, fica claro por que o autor entende que a proposição “X é um Estado justo”¹²⁴, quando inserida em uma Constituição, é redundante. Novamente, o próprio ato de fala põe a pretensão de correção, a qual, neste exemplo, só explicita o que lhe é implícito.

O outro exemplo de que o autor lança mão a fim de fortalecer sua tese é a seguinte decisão judicial: “em nome do povo, condena-se o senhor N a dez anos de privação de liberdade, mesmo que não haja boas razões para isso”. Do mesmo modo que o ato de fala encimado, seu defeito não tem o caráter moral; é uma contradição tal como: “O gato está sobre o capacho, mas eu não acredito”.¹²⁵

Igualmente, uma das partes no decorrer de um processo jamais diria algo que tornasse explícita uma contradição. Por exemplo, imagine-se que em uma audiência a parte que faz as vezes da acusação utilize a seguinte informação de que “após ser torturado, o acusado admitiu ter praticado o crime”. Jamais diria isso porque sabe que com esses argumentos dificilmente angariaria o assentimento dos interlocutores, de modo que a sua posição, que só se justifica pelo consenso alcançado através de argumentos, caso se fizesse surda ao fato da tortura não poderia ser justa. Aliás, como a ruptura da situação ideal de fala é evidente, vê-se como as regras do discurso e a situação ideal de fala são um critério hipotético normativo. As violações a essas regras podem muitas vezes permanecer veladas,

¹²³ “Ni el defecto convencional, ni el moral, ni el técnico explican lo absurdo de la cláusula de la injusticia. Ésta, como sucede a menudo con lo absurdo, resulta de una contradicción. Tal contradicción surge porque con el acto de promulgar una Constitución se formula necesariamente una pretensión de corrección que, en este caso, es esencialmente una pretensión de justicia (...) La contradicción reside por tanto, en que con el acto de promulgar la Constitución se realiza implícitamente una afirmación que contradice el contenido expreso del acto constituyente, la cláusula de la injusticia. Las contradicciones entre el contenido de un acto y lo que se presupone necesariamente con la ejecución de dicho acto pueden ser denominadas «contradicciones performativas» ALEXY, Robert. Derecho y corrección, p.38

¹²⁴ Ibidem, p. 39.

¹²⁵ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 213. Em outro texto no qual o autor apresenta exemplo semelhante vislumbra-se como a correção está referida a um ordenamento jurídico: “Condena-se o acusado, em virtude de uma interpretação equivocada do direito vigente, à prisão perpétua”. No original: “Se condena al acusado, em virtud de una interoretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua”. ALEXY, Robert. Derecho y corrección, p. 41.

mas só permanecem assim porque, caso venham à tona, as conseqüências contrárias ao sentido do ato de fala advirão.

Pelo fato de a pretensão ser necessária não se conclui que haja uma concretização da daquilo que é exposto no ato de fala. Em outras palavras, a pretensão pode não ser satisfeita.

ALEXY mostra essa idéia na seguinte passagem em que responde a objeções: “(...) a objeção baseada na indiscutível diferença entre pretensão e satisfação somente contempla a não satisfação da pretensão de correção, mas não faz o mesmo com a não formulação”.¹²⁶

Se aquele que fala não acredita na correção do seu comando, não se pode concluir que a pretensão deixa de ser formulada, haja vista a sua intenção ser distinta da pretensão.

¹²⁶ “(...) la objeción basada en la indiscutible diferencia entre pretensión y satisfacción solo contempla la no satisfacción de la pretensión de corrección, pero no hace lo propio con la no formulación”. Ibidem, p. 51.

3. JUSTIÇA E DIREITO

Até a esta altura, o problema da fundamentação do direito ficou limitado a uma análise deste com o princípio 'D'. Tendo sido mostrado como o direito, em seus variados níveis, se legitima no consenso mediante a obediências de regras de argumentação e comunicação, que quando violadas deságuam em uma contradição performativa por parte do operador do direito. Ocorre que um outro aspecto da legitimidade, qual seja, o princípio de universalização 'U', permaneceu em aberto e com isso ainda não de todo respondida a questão principal do presente texto.

Destarte, a seguir se explanará em que precisamente se constitui o encimado princípio e como ele está coligado à pretensão de correção, para então, por meio de uma análise do método da ponderação, mostrar em que medida a esta desvela uma certa contradição e ambigüidade no que toca ao sentido atribuído ao termo correção por parte de Robert ALEXY.

3.1 – A RAZÃO PRÁTICA E SEUS DIFERENTES USOS

Ao se tratar das relações entre direito e discurso foi indicada uma semelhança entre estes termos, qual seja: o direito, assim como o discurso, gira em torno de questões práticas, as quais, repise-se, não estão diretamente ligadas à aplicação de um conjunto de noções teóricas a uma realidade. Diferentemente, prática, no contexto da filosofia e igualmente no do direito, denota a ação do homem e a razão prática surge como este responde à pergunta de como agir ou por que realizar determinada conduta em detrimento de outra.

O presente capítulo se presta a um exame das diversas maneiras as quais um indivíduo pode responder à pergunta "O que devo fazer?", "Como devo agir?". Tal análise será feita com base no texto de HABERMAS intitulado *Acerca do uso Pragmático, Ético e Moral da razão prática*,¹²⁷ cujo próprio título já antecipa a

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: _____. *Comentários à Ética do Discurso*. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa, Instituto Piaget, [1999?].

resposta ao questionamento ora formulado, pois ali se lê que a razão prática tem um uso pragmático, um uso ético e um terceiro uso, denominado moral. Existem três racionalidades práticas, cada uma com argumentos que lhe são próprios.

Estes usos estão diretamente ligados às três principais correntes consolidadas que se debruçaram sobre o tema, são elas: o utilitarismo, a ética aristotélica e a teoria kantiana da moral, respectivamente.¹²⁸

Ainda, o sentido do termo “dever” varia de acordo com o uso que se faz da razão prática, ou seja, com a resposta que se oferece ao problema.

3.1.1 - Racionalidade Pragmática

Em muitas das ações do dia-a-dia, senão na maioria delas, uma pessoa se vê envolta em situações as quais exigem que ela tome certa atitude porque age com vistas a um específico fim, visa à instauração de um estado real de coisas.

HABERMAS lança mão de exemplos mais do que triviais para esclarecer isto, tais como: o que fazer quando a bicicleta se avaria, o que fazer para conseguir dinheiro e realizar um tratamento de saúde. Nestes casos, vê-se que existe uma finalidade querida pelo agente: a reparação da bicicleta, obtenção de dinheiro. De modo que a sua pergunta o que devo fazer se traduz em cada uma dessas situações como o que devo fazer para concertar a bicicleta ou o que fazer para conseguir dinheiro. A pergunta é pelos meios necessários e eficazes para a obtenção do por ele desejado. Sendo selecionados aqueles que se levados cabo podem resultar na instauração do estado de coisas que motivam a pergunta: a bicicleta concertada, a posse do dinheiro. Trata-se de uma racionalidade de meio e fim. Este último determinando aquele. Isto é, certo meio tem que ser útil para se conseguir aquilo que se pretende, caso contrário, deve-se optar por outro.

Mas a vontade não dita apenas os meios para alcançar algo, o mesmo se passa com a escolha dos fins face a preferências existentes.¹²⁹ Pois escolher entre entrar diretamente na universidade ou fazer antes um estágio, viajar para

¹²⁸ Idem, p. 101.

¹²⁹ “(...) trata-se da escolha racional dos meios face a determinados fins ou da avaliação racional dos fins face às preferências existentes”. Ibidem, p. 103.

Escandinávia ou permanecer em casa, ainda se configura uma avaliação racional pragmática de fins que são escolhidos conforme preferências e desejos, os quais, por sua vez, para serem efetivados, demandam a escolha de meios.

A escolha de tais fins, bem como dos meios, no entanto, se dá em um espaço no qual os valores e desejos já se encontram estabelecidos e a vontade consolidada. Nas palavras de HABERMAS: “A nossa vontade já está concretamente estabelecida pelos nossos desejos e valores; conserva-se aberta a outras determinações apenas no que diz respeito a alternativas na escolha de meios ou na de fixação de fins.”¹³⁰ Ela, contudo, varia na escolha dos meios e na fixação dos fins, isto é, pode-se optar entre os seguintes fins: desejar viajar ou ficar em casa, entrar diretamente na universidade ou fazer um estágio, porém, mesmo aí já se manifesta uma racionalidade pragmática que tenta responder qual destas alternativas é melhor para o indivíduo que a esta altura já possui certeza acerca do que deseja para sua vida.

No interior dessa racionalidade habitam as mais variadas informações empíricas, observações, investigações, comparações e avaliações que podem de algum modo contribuir para a escolha de meios eficazes e fins que igualmente se encontram no âmbito do que é de gosto de cada um.

Em tal forma de o homem lidar com os problemas que o cercam, maneira esta que também pode ser chamada de racionalidade teleológica¹³¹, o sentido do termo “dever” assume contornos de um dever relativo,¹³² haja vista que a obrigação de se realizar uma conduta que serve de meio a outra varia segundo fim que se almeja. Fins diversos pedem meios diferentes.

Do mesmo modo os fins, a que os meios servem, também se revelam contingentes e oscilantes de acordo com a situação em que se vive e a pessoa quem em tal se encontra. Veja-se a seguinte passagem:

“O Dever das recomendações pragmáticas relativizado em função de fins e de valores subjectivos está direccionado para a arbitrariedade de um sujeito que toma decisões

¹³⁰ Idem.

¹³¹ “A reflexão prática opera, neste caso, no interior do horizonte da racionalidade teleológica, com o objectivo de encontrar as técnicas, estratégias e programas apropriados”. Idem.

¹³² Idem.

prudentes com base nas suas atitudes e preferências, que lhe servem ao mesmo tempo de ponto de partida contingente: a faculdade da escolha racional não se estende em direcção aos próprios interesses e orientações axiológicas, mas pressupõe-os antes como dados adquiridos”.¹³³ (grifo nosso).

Neste trecho está explícita a noção de que há escolhas e preferências valorativas, todas arbitrárias porque não precisam de justificação, que ditam a finalidade à qual os meios se prestam. Isto é, repousam ao fundo de uma ação instrumental e não são problematizadas. Pelo contrário, são tidas como dados adquiridos e meramente subjetivos para os quais a faculdade de escolha não se volta.

Em assim sendo, fins e meios ganham sua razão de ser no interior de uma situação contingente e determinados por uma vontade arbitrária que parece não exigir maiores explicações a seu respeito, daí que resta claro como o dever que emerge nessas situações são válidas unicamente para ela. Em contextos diferentes, seriam devidas atitudes diversas, o que demonstra o carácter relativo da obrigação.

A relatividade aponta também um outro aspecto presente na racionalidade teleológica no que toca a relação entre razão e vontade. Ambas estão entrelaçadas de um modo fraco, haja vista que por mais fortes que sejam os argumentos a favor da escolha de um dado meio para intervir no mundo e instaurar um estado de coisas, não surge nenhuma obrigação forte para levar a cabo tal ato, o qual, não obstante encontrar justificação, pode não ser realizado.¹³⁴

3.1.2 – Racionalidade ética

Isto que não era questionado quando da tomada de decisões pragmáticas, que subsiste ao fundo destas, caso venha a ser, já não será respondido da

¹³³ Ibidem, p. 109.

¹³⁴ Discorrendo sobre a racionalidade pragmática, HABERMAS disse: “A sua validade é independente do facto do destinatário decidir ou não adoptar as suas indicações de conduta. Os discursos pragmáticos estão em directa relação com contextos *possíveis* de aplicação. A ligação que mantêm com a formação real da vontade dos agentes faz-se unicamente através da determinação subjectiva de fins e preferências. Não existe qualquer relação *interna* entre razão e vontade”. Ibidem, p. 111.

mesma maneira instrumental. Ou seja, questionamentos do tipo “qual profissão devo seguir?” não pedem como resposta meios para se atingir algo, pois é exatamente este algo, que na racionalidade pragmática era tomado como dado, reclama justificação.

Esse questionamento ocorre quando o indivíduo está a buscar a uma auto-realização pessoal, um projeto pessoal e com vistas a uma vida boa. É uma questão ético-existencial. Aquilo que realiza cada indivíduo e forma a sua identidade pessoal, fazendo-o único e capaz de o distinguir dos demais. O que somente pode ser esclarecido caso a pessoa se faça a seguinte pergunta: “quem eu sou e o que gostaria de ser?”.¹³⁵

Tal resposta só pode ser alcançada pelo indivíduo, ele não vai encontrar de outras pessoas uma solução a este problema que vive. Logo, ela é subjetiva e é motivada por valores singulares. Porém, o termo valor aqui possui um sentido forte, que é mais do que mera preferência. Segundo HABERMAS, as questões existenciais são mais profundas do que a preferência por uma marca de automóvel ou um pulôver.¹³⁶ Em assim sendo, elas não visam um mero gosto pessoal, mas apontam para algo mais profundo. É uma pergunta por “o que é bom para mim e para a minha vida como um todo?”. Neste caso, valor está relacionado ao que é axiológico e indica aquilo que é Bom no sentido que os gregos tinham do termo:

“Desde Aristóteles que as *decisões axiológicas de importância* tem sido tratadas como questões clínicas do bem viver. Uma decisão ilusória – a ligação ao companheiro errado, a escolha incorreta da alternativa profissional – pode ter como consequência uma vida malograda. A razão prática, que neste sentido tem em vista não só o Possível e o Oportuno, mas também o Bom, opera, se nos ativermos à terminologia clássica, no campo da ética.”¹³⁷

Aí se constata como os termos Bom, Axiológico e Ética estão estritamente ligados. Ao tempo que uma pessoa problematiza sua existência, que

¹³⁵ “Qualquer pessoa poderá decidir com melhor fundamento acerca da escolha de um curso de gestão de empresas ou de teologia se souber com clareza quem é e quem gostaria de ser”. Ibidem, p. 104.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

é única, e os seus valores, a razão prática se manifesta no seu uso ético, perguntado por o que se deve fazer, visando àquilo que é Bom.

Uma correta resposta a essa pergunta se alcança mediante uma análise que passa longe da coleta de dados empíricos, comparações e utilidade de meios, como acontece na razão pragmática. Pelo contrário, exige uma autocompreensão que se dá através um voltar de olhos para si mesmo de um ponto de vista que é capaz abarcar toda uma história de vida e projetos a longo prazo. Uma vez consciente disso, o indivíduo se decidiu por aquilo que é bom para si e agir conforme.

Como resultado, dá-se uma apropriação de si, conquista-se uma noção de si mesmo que distingue o indivíduo singular da massa de homens com que na maior parte das vezes se confunde e deles já não se separa.¹³⁸ Essa perda de si mesmo e da singularidade é típico do mundo atual em que a massificação do homem se manifesta de forma vigorosa.

No entanto, não significa que os outros não tenham uma importância ou que desempenhem um papel de meios e condições para a consecução de uma ação, que seria o caso racionalidade pragmática¹³⁹. Os outros são aqueles que podem partilhar da mesma forma de vida, que por vezes herdaram a mesma tradição de modo que se formou uma identidade coletiva que configuram uma comunidade. Então, esse grupo de pessoas pode agir com vistas à realização do seu bem-estar enquanto grupo, comunidade.¹⁴⁰ Mas isso não exclui decisões que são essencialmente individuais.

Por fim, o sentido do termo dever quando do uso ético da razão prática já é diferente do seu uso pragmático. Ele não é algo relativo a uma situação em

¹³⁸ “Quem procure obter lucidez sobre a sua vida como um todo, assim como fundamentar decisões axiológicas importantes e assegurar-se da sua identidade, não pode deixar representar-se por outras pessoas em discursos ético-existenciais”. Ibidem, p. 111.

¹³⁹ “(...) porque às outras pessoas é apenas concedido o valor dos meios e condições restritivas para a realização de um plano de acção individual”. Ibidem, p. 105-106.

¹⁴⁰ “Também as questões éticas não exigem de modo algum uma cisão absoluta com a perspectiva egocêntrica (...). O meu processo de formação desenvolve-se num contexto de tradições partilhadas com outras pessoas; também a minha identidade é cunhada por identidades colectivas e a minha história de vida está enraizada em formas de vida de âmbito histórico. É nesta medida que a vida que é boa pra mim também afecta as formas de vida que nos são comuns. Desta mesma forma já Aristóteles via o *ethos* do indivíduo relacionado e implantado na *polis* de todos os cidadãos”. Ibidem, p. 106.

específica, somente dentro da qual teria sentido. A decisão por aquilo que é bom para a vida de uma pessoa é um retroceder aos processos de formação anteriores, ou seja, transcendem o momento em que se está vivendo a fim de se apreender o todo do indivíduo.

De outro lado, o dever também não é absoluto.¹⁴¹, pois o modo como a razão e a vontade se entrelaçam não indica uma obrigação incondicionada do agir. Conforme assevera o autor:

“A figura existencialista da concepção projectada ilustra o carácter daquelas valorizações fortes comparáveis ao rosto de Jano, que são fundamentadas através da apropriação crítica de uma história de vida individual. Neste caso, a génese e a validade já não se podem separar como acontecia com as recomendações técnicas e estratégicas. Na medida em que reconheço o que é bom para mim, posso apropriar-me logo, num certo sentido, do conselho – é este o sentido de uma decisão consciente. (...) Este discurso pressupõe desde logo da parte do destinatário a luta por uma vida autêntica”.¹⁴²

Ora, enquanto nas ocasiões em que se busca meios para obter um fim a razão não determina a vontade de maneira forte, não engendrando uma obrigação para o agente, na situação em tela a relação entre vontade e razão se passa de modo diverso porque como o que está em jogo são questões existenciais, com um sentido mais amplo e importante do que meras preferências, a apropriação de si fruto de uma autocompreensão gera uma forte motivação para a pessoa. Caso contrário, o exercício de reflexão que aparentemente visa uma vida boa revela-se não buscar genuinamente isso, estando decerto mais próximas de questões pragmáticas. No momento em que se descobre o que é bom e se decide por isso, gera-se uma disposição para agir conforme.

A vontade não se dissocia da razão, e por não ser exterior a ela, não se permite falar em obrigações absolutas e incondicionadas que imporiam uma obrigação numa situação em que a vontade iria de encontro à razão.

¹⁴¹ “O que tu «deves» ou «tens de fazer» adquire aqui o sentido de que «é bom» para ti, a longo prazo e de uma forma geral, agir assim.” Ibidem, p. 104.

¹⁴² Ibidem, p. 112.

3.1.3 – Racionalidade moral

Todos os exemplos mostrados até aqui, a fim de esclarecer os conceitos de razão pragmática e ética, ora traziam à luz a relação de um homem com as coisas (uso pragmático ou teleológico da razão prática) ou então a relação do homem consigo mesmo em busca do bem viver (uso ético da razão prática). Em todos estes usos a razão prática veio a serviço de interesses pessoais e subjetivos, não levando em consideração as outras pessoas, as quais ora ocupavam o lugar de meios a fim de angariar fins, ora o papel de pessoas que compartilhavam a mesma forma de vida e que tendiam para o mesmo bem-estar comum. A resolução de conflitos de interesses antagônicos pertencentes a diferentes indivíduos não é nesse contexto um assunto relevante.

Todavia, resta ainda um terceiro modo de o homem lidar com seus problemas, modo este que não enxerga as pessoas como dito acima e que os conflitos de interesses já assumem relevância. O mencionado modo HABERMAS denominou de uso moral da razão prática: “A questão o «O que devo fazer?» muda novamente de sentido, assim que as minhas acções afectam os interesses de outros e conduzem a conflitos que devem ser regulados imparcialmente, portanto, sob um ponto de vista moral”.¹⁴³(grifo nosso).

Não há como fazer menção ao conceito de moral sem remontar ao seu maior baluarte, quem seja: Immanuel KANT. Este foi o filósofo quem diferenciou definitivamente a ação moral das demais. A seguinte passagem ilustra como as afirmações de HABERMAS a respeito dos usos da razão prática estão embasadas nas principais correntes filosóficas sobre o tema:

“Ora, todos os imperativos ordenam ou *hipotética-* ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”.¹⁴⁴

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 50. Acerca do mesmo, porém, em outras palavras: “No caso de acção ser apenas boa como meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é hipotético; se a acção é

Como bem se vê, o denominado imperativo hipotético ordena agir a fim de conseguir alguma coisa, em outras palavras, nada mais é do que o uso pragmático da razão prática já exposto acima que se assenta nas noções de meio e fim. Uma vez que giram em torno de um fim, não se coloca em questão se este é certo ou incorreto, mas unicamente se este é útil ou não.

O imperativo categórico, por outro lado, ordena uma ação a qual não visa outra coisa senão ela mesma, isto é, não se age segundo o por ele prescrito em virtude de se estar na possibilidade de obter alguma outra coisa que não a realização da conduta ordenada. Tendo isso em vista, conclui-se que ela não serve de meio para uma outra finalidade que se tome como boa, mas sim que é boa em si mesma. KANT, a respeito desse mesmo imperativo, assevera: “Esse imperativo pode chamar-se o imperativo da moralidade”.¹⁴⁵

Daí que este imperativo moral, o qual não está condicionado a uma finalidade, pode ser chamado de incondicionado, pois para um seu cumprimento não existe nenhuma condição ou elemento exterior a ele e que lhe confira razão de ser, ou seja, ele impõe uma obrigação a todos os homens de assim agir em todas as circunstâncias e é categórico.¹⁴⁶ E isso de modo tão forte que já não se leva em consideração os efeitos da ação, pois se a ação é boa em si mesma, é irrelevante para o seu cumprimento os efeitos que engendrará no mundo. Aliás, mesmo efeitos nocivos, seja do ponto de vista de um discurso pragmático quanto um discurso existencial, não podem enfraquecer aquilo que é moralmente obrigatório.

Aliás, é somente nesse sentido que é pertinente falar em um dever, haja vista que as outras racionalidades não instituíam uma obrigação no sentido estrito e forte do termo, pois não vinculam necessariamente a vontade. E essa obrigação, esse “ter de fazer”, denota aquilo que é justo:

representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio desse vontade, então o imperativo é categórico.” Idem.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 52.

¹⁴⁶ “As obrigações morais são imperativos categóricos ou incondicionais (...)”. HABERMAS, Jürgen. *Acerca do uso ético...*, p.108.

“O sentido imperativo destas obrigações é o único que pode ser entendido como um Dever que não depende nem de fins e preferências subjectivos nem do que considero ser o objectivo absoluto de uma vida boa, bem sucedida, não malograda. O que se «deve» ou se «tem de» fazer significa, sim, que é justo agir dessa forma, sendo, por isso, um dever fazê-lo”.¹⁴⁷ (grifo nosso).

Nisso se mostra mais uma diferença para com a racionalidade pragmática e ética. Porque ao passo que esta última promove o que é Bom, a racionalidade moral, de lado contrário, promove o que é Justo ou Correto. Ainda, neste mesmo contraste, vê-se que o mandamento moral não possui uma natureza teleológica que visa intervir no mundo a favor do agente, ou axiológica, carregada de valores situacionais a fim de evitar uma vida malograda, mas sim uma natureza deontológica, que prescreve obrigações incondicionadas e universais que não perdem sua força diante de circunstância alguma.

Não se pode, porém, confundir o princípio moral com a denominada regra de ouro que expressa: Não faças aos outros aquilo que não queres que façam a ti, pois que esta regra se sustenta em um agir egocêntrico em que a decisão de uma única pessoa a leva a realizar determinada ação. O mandamento moral, reiterando, pede que todos possam querer a norma, e não apenas uma única pessoa. Aliás, tal regra de ouro permite que o indivíduo “universalize” uma ação que se sustenta em uma situação concreta, ou seja, que todos aqueles que se vêem em um certo contexto podem agir conforme ordenado. Isso revela outra diferença para com o agir moral tendo em vista que isso somente é possível levando em consideração os fatos no qual se está imerso, a facticidade em que está jogado.

Em assim sendo, fica claro por que máximas morais extrapolam a individualidade daquele que age, haja vista que não se age visando à instauração de um estado de coisas e tampouco ao bem-estar e felicidade de um indivíduo ou grupo, distanciando-se do pragmatismo e da ética, respectivamente. Elas transcendem as particularidades em nome de um universalismo que abarca o interesse de todos, sendo que estes agora se deslocam da posição de meios para obtenção de fins ou de participantes que partilham a mesma forma de vida em

¹⁴⁷ Idem.

uma comunidade que busca seu próprio bem viver para um espaço em que se tornam igualmente agentes. De acordo com HABERMAS: “Os discursos prático-morais exigem, em contrapartida, uma fractura com todas as evidências dos costumes concretos e estabelecidos, assim como um distanciamento em relação àqueles contextos práticos com os quais a identidade individual está entretecida de forma inextricável”.¹⁴⁸

Como se vê, HABERMAS, de modo semelhante a KANT, postula que o agir moral só pode ser universalizado e, portanto, ser imparcial com a condição de um distanciamento do contexto em que se vive e dos valores aí já consolidados. Uma vez que as particularidades flutuantes e contingentes são desconsideradas, a vontade já não está atrelada a elas, logo, pode ser chamada de livre. Isso significa que é a racionalidade moral que governa a vontade, agir moralmente faz com que a vontade seja livre. Em outras palavras esta só é livre quando se desvencilha de preferências subjetivas e postula o que é de interesse de todos.

Esse distanciamento do mundo se opera mediante uma abstração ou virtualização dos elementos que formam a vida particular e a história de uma pessoa, de modo que com isso não se incorre no erro metafísico de um isolamento metafísico do ‘Eu’. Tal distanciamento, aliás, não se dá apenas nos discursos prático. Nos discursos teóricos a objetividade de declarações que descrevem o mundo só se faz igualmente possível em virtude de uma abstração de todos os interesses daqueles que dialogam. Pois, mesmo nestes discursos, aquele que argumenta não deixa de ter um passado e uma vida informada por bens e preferências as quais não pedem universalização. Dentre esses interesses menciona-se, inclusive, o próprio interesse em conhecer, o qual guia todo o conhecimento.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Ibidem, p. 112.

¹⁴⁹ “Certamente, cabe conceituar a constituição de âmbitos de objetos científicos como uma continuação das objetivacões que efetuamos no mundo social da vida previamente a toda ciência. Mas a pretensão de objetividade levantada genuinamente com a ciência se apóia em uma abstração da pressão da experiência e da decisão, o que nos permite ver pela primeira vez uma comprovação discursiva das pretensões de validez hipotéticas e, com elas, a geração de um saber fundamentado”. No original: “Ciertamente, cabe conceptualizar la constitución de ámbitos objetuales científicos como una continuación de las objetivaciones que efectuamos en el mundo social de vida previamente a toda ciencia. Pero la pretensión de objetividad elevada genuinamente com la ciencia se apoya em uma virtualización de la presión de la experiencia y de la decision, que

Portanto, observa-se claramente o quão distinto é o uso moral da razão prática dos demais usos. E isso de tal maneira que se revela impossível agir simultaneamente, na mesma situação, de modo moral, ético e instrumental. Ou ainda de apenas dois modos. As racionalidades são auto-excludentes.

3.2 – DIREITO E MORAL

Robert ALEXY defendeu veementemente a tese de uma relação necessária entre direito e moral sustentando que todo comando de ação proferido pelos operadores do direito, seja quais forem os níveis do discurso em que se encontram, levanta uma pretensão de correção. Tudo isso ancorado nas regras de comunicação e do Discurso, que, como bem se viu, são necessárias.

Dentre estas regras, foi apresentada por HABERMAS, em uma primeira versão de sua teoria, uma regra de argumentação sem a qual não se pode averiguar a legitimidade de uma norma. Fala-se aqui princípio de universalização ‘U’ que se soma ao princípio ‘D’ para uma norma ser legítima.

Ora, o mencionado princípio está em íntima relação com o uso moral da razão prática exposto acima. Uma norma só será válida caso os efeitos do seu cumprimento universal possam ser aceitos sem coação pelos envolvidos no diálogo. HABERMAS esclarece essa idéia na seguinte passagem:

“Se definimos as questões práticas como questões do ‘bem viver’, que se referem em cada caso ao todo de uma forma de vida individual, o formalismo ético é de fato decisivo: o princípio da universalização funciona como uma faca que faz um corte entre ‘o bom’ e ‘o’ justo’, entre enunciados valorativos e enunciados normativos. Os valores culturais encerram, é verdade, uma pretensão de validade intersubjetiva, mas encontram-se tão entrelaçados com a totalidade de uma forma de vida particular que não podem originariamente pretender uma validade normativa no sentido estrito – eles candidatam-se, em todo caso, a materializar-se em normas que dêem vez a um interesse universal”.¹⁵⁰

nos permite por vez primera una comprobación discursiva de las pretensiones de validez hipotéticas y, con ello, la generación de un saber fundamentado”. HABERMAS, Jürgen. Teoría y praxis: Estudios de filosofía social. 4ª ed. Tradução: Salvador Mas Torres e Carlos Moya Espí. Madrid: Tecnos, 2002, p. 30.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Consciência moral..., p. 126. O autor faz questão, ainda, de esclarecer um possível mal-entendido no que toca à expressão Ética do Discurso, pois o termo ética pode dar a entender que o discurso prático trata de questões ético-existenciais, mas não é este o caso; veja-se: “Isto aplica-se, em todo caso, à diferenciação explícita que é feita entre discurso moral e discurso ético. (...) A partir dessa altura, seria mais exacto falarmos de uma «teoria do discurso

Ou seja, tendo em vista que ‘U’ é necessário, em um discurso somente são permitidos argumentos que visem à generalização da norma. Com isso, vêem-se afastados do discurso prático argumentos de índole pragmática ou ético existencial. Em outros dizeres, as pessoas, que argumentam a favor ou contra uma norma em discussão, não podem levantar razões em prol de uma vida boa ou realização pessoal, sejam elas consideradas individualmente ou de um grupo, e tampouco razões de ordem pragmática que visam à instauração de um estado de coisas. Ao contrário disso, somente razões de ordem moral, que se acredita poderem ser seguidas por todos, é que são admitidas.

Disso segue-se logicamente que as normas assentidas discursivamente, isto é, que passaram pelo crivo do consenso dos envolvidos em uma argumentação moral, possuem o caráter deontológico e recebem o atributo de justas.

Em assim sendo, ao momento em que ALEXY faz menção ao direito como um caso especial de discurso prático, e que compreende a pretensão de correção como elemento congênito àquele, o autor, implicitamente, compra a tese de que no discurso jurídico as normas jurídicas possuem natureza deontológica pelas razões acima expostas.

Ocorre que HABERMAS, de quem ALEXY tanto se valeu, operou uma grande reformulação da sua teoria discursiva, conforme apresentado pela primeira vez no livro *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tal reformulação é marcada por uma diferenciação do discurso que o autor passou a defender. A seguinte passagem ilustra bem em que consiste essa diferenciação:

“Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas. Sob pontos de vista normativos, isso equivale a dizer que a autonomia moral e política são co-originárias, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. Esse princípio (...) tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém ele

moral», mantenho-me, todavia, fiel à expressão «ética do discurso» adoptada pela nossa língua”. HABERMAS, Jürgen. Prefácio. In: _____. Comentários à Ética do Discurso. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, [1999?], p. 09.

se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, ainda é neutro em relação direito e à moral”.¹⁵¹

Ora, do que se lê, segundo a nova arquitetura¹⁵², ‘D’, o princípio do discurso, postula unicamente que as normas de ação serão válidas caso haja aceitação racional por parte dos envolvidos. Dele já não se segue mais, à maneira de antes, a necessidade de argumentos morais, portanto, o princípio de universalização, ‘U’, já não é necessário, mas sim possível, e argumentos de ordem pragmática e ética, de natureza totalmente diversa, são admitidos no interior do discurso prático geral. Isso em razão de que o princípio do discurso é neutro frente ao direito e à moral, haja vista seu elevado grau de abstração. As explicações de HABERMAS, em um primeiro momento, se resumem a isso.

Dada essa neutralidade do princípio ‘D’, não se pode de antemão dizer quando quais tipos de argumentos serão levados em conta no discurso prático. Os argumentos que serão levados em conta se definem de acordo a questão que se tem por resolver e a lógica do questionamento. Caso se esteja diante de um problema que exija a satisfação do interesse simétrico de todos, questões de justiça, ‘D’ assume a forma de um princípio moral. Já em outro tipo de questionamento, em que se utilizam razões ético-existenciais, como é o caso nas ocasiões em que se averigua o que é bom para uma comunidade ou povo, o

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

¹⁵² A expressão nova arquitetura foi usada por Karl-Otto APEL em um artigo no qual expõe a mudança operada por HABERMAS e como ela aumentou a distância entre os dois autores, levando aquele a ler na nova concepção de HABERMAS uma dissolução da ética do discurso: “(...) na última e principal obra de Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade [Faktizität und Geltung]*, o projeto de uma ética do discurso, que nos vincula, parece definitivamente dissolver-se”. APEL, Karl – Otto. *Dissolução da Ética do Discurso?* In: Luiz Moreira (org.). *Com Habermas, contra Habermas: Discurso, Direito e Democracia*. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo, Landy Editora, 2004, p. 204. Em breves palavras, APEL concorda com HABERMAS no que toca a uma diferenciação entre os princípios ‘D’ e ‘U’, mas não compactua com a idéia de que tal diferenciação esteja pautada numa neutralidade de ‘D’ frente a ‘U’, mas sim que advém do próprio princípio de universalização: “Em uma palavra, para APEL, a complementação do princípio moral primordial por meio da fundamentação normativa do princípio do direito e da democracia, portanto, de uma autodiferenciação da moral, é uma exigência do próprio princípio moral primordial”. Oliveira, Manfredo Araújo de. *Mora, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática*. In: Luiz Moreira (org.). *Com Habermas, contra Habermas: Discurso, Direito e Democracia*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 165-166.

princípio do discurso assume a forma do princípio da democracia.¹⁵³ Porque a moral e o direito são especificações de um mesmo princípio, 'D', é que o autor conclui que estes possuem a mesma origem, ou seja, são co-originários.

Contudo, essa nova formulação não deixou para trás as regras do discurso anteriormente apregoadas, tais como a garantia de participar do discurso, igualdade de condições e liberdade de qualquer interessado levantar argumentos, e menos ainda a idéia de que uma norma tenha que alcançar o consentimento dos envolvidos para angariar legitimidade.¹⁵⁴

Em suma, ainda é possível falar de um discurso jurídico, todavia, ele é radicalmente distinto de um discurso prático moral.¹⁵⁵

Um dos principais efeitos que a mudança trouxe para a compreensão do direito diz respeito ao conteúdo das normas jurídicas. Em consonância com a nova arquitetônica, nem todas as questões são solucionadas com o uso moral da razão prática. Com o direito não é diferente, toda ordem de argumentos encontra lugar no discurso jurídico de formação de leis, leia-se legislativo, de modo que as normas jurídicas nem sempre serão o espelho da moral, sendo também o reflexo dos problemas concretos vividos pela comunidade o que leva a conclusão de que a generalidade das normas jurídicas não tem tamanha abstração como o tem as normas morais.¹⁵⁶ Não há mais identidade total entre as, agora, distintas normas.

Apesar disso, HABERMAS não está a defender uma divisão absoluta entre elas. Normas jurídicas são semelhantes a normas morais. A uma porque, tal

¹⁵³ "Com relação à versão abstrata de 'D', é importante frisar que os temas e contribuições, bem como o tipo de argumentos que 'contam', não podem ser reduzidos *a fortiori*. Pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais". HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 142-143.

¹⁵⁴ Aliás, servindo-se delas é que o autor explica a origem dos direitos fundamentais. *Ibidem*, p.159-160.

¹⁵⁵ "Ora, seria natural encaminhar a teoria discursiva do direito conforme o modelo da ética do discurso, melhor elaborada. Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras do direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais". *Ibidem*, p.287.

¹⁵⁶ "Normas jurídicas não se encontram no mesmo nível de abstração que as normas morais". *Ibidem*, p.193.

como as normas morais, ainda são gerais e se destinam a todos os membros da comunidade jurídica, não admitindo exceções. A duas, pois, do mesmo modo que aquelas, as normas jurídicas requerem imparcialidade quando da sua aplicação.¹⁵⁷

Destarte, isso indica que o direito já não se vê subordinado à moral, como um espelho desta. A nova arquitetônica do discurso alterou as relações entre estas esferas, em razão de que se fala, a partir de agora, de uma complementaridade entre direito e moral.

Abaixo se lê um exemplo que bem ilustra essa tese. Tome-se um contrato de compra e venda de um imóvel realizado entre duas pessoas. Questões acerca do valor do bem objeto do contrato, além das características do mesmo estão à livre escolha das partes. A cada uma delas é permitido agir tendo por fim sua realização pessoal, o local onde deseja morar, as especificidades que se destinam ao conforto, a quantia a ser paga segundo as possibilidades de cada um, etc. Esse espaço de autodeterminação da vontade é preenchido por escolhas pragmáticas e existenciais, que estão ligadas ao plano de vida de cada um. Isso significa que não se pode universalizar uma ação como esta, não se pode obrigar todos a adquirirem um imóvel com as mesmas características e preço. Em contrapartida, ao fundo dessa relação contratual jaz o princípio da boa-fé e, ainda, o princípio moral de que deves pagar pelo que compra, cumprir o acordado, entre outros. Estes sim universalizáveis e de caráter moral.

É importante frisar, entretanto, que malgrado a convivência mútua entre normas morais e éticas, estas últimas não podem ir contra àquelas devido à primazia do justo sobre o bom apontada por HABERMAS.¹⁵⁸ Assim, não se pode

¹⁵⁷ “Por isso, tanto as regras morais, como as leis jurídicas, são ‘gerais’, em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar na medida em que se dirigem a muitos destinatários, não permitindo, pois, exceções; em segundo lugar, porque excluem privilégios ou discriminações na aplicação”. Ibidem, p. 194.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 318. “(...) a teoria do discurso (...) introduz a distinção entre questões éticas e morais de maneira que a lógica das questões relativas à justiça passe a exigir a dinâmica de uma ampliação progressiva do horizonte, e afirma nesse sentido uma precedência do que é justo em relação ao que é bom”. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004, p.316. Ocorre que esta tese de HABERMAS não é isenta de pontos obscuros. Tendo em vista que o autor estabeleceu uma neutralidade entre o princípio do discurso, ‘D’, frente ao direito e à moral, resta esclarecer como é possível, a partir da linguagem, postular a primazia do justo sobre o bom, pois

confundir a subordinação do direito à moral com a primazia do justo sobre o bom, pois nesta última tese há um espaço para argumentos éticos e pragmáticos, ocorre que estes não podem ferir princípios morais. Tal como no exemplo, a vontade das partes de conduzir sua vida da melhor maneira não pode ferir os princípios morais que regem o contrato. A primazia do justo sobre o bom não implica a moralização no direito.¹⁵⁹ A moralização ocorre quando no direito somente são admitidos argumentos que se colocam sob uma perspectiva moral, o que formaria um subconjunto de regras morais no interior do direito.

Desta feita, HABERMAS investe contra a tese do caso especial do discurso jurídico defendida por ALEXY, uma vez que agora, em face da mudança da arquitetura e a 'dissolução da ética do discurso', a relação entre o discurso prático geral e o discurso jurídico estabelecida por ALEXY se encontra desestabilizada.

Esse novo arranjo malogra a tese do caso especial levantada por ALEXY principalmente no que toca à correção das decisões judiciais e à própria fundamentação das mesmas.

Como explicado acima, a pretensão de correção, segundo ALEXY, é possível desde que o legislador seja racional, dado que a pretensão de correção, tomada como a concordância da norma com o ordenamento jurídico como um todo, está condicionada à correção do próprio ordenamento. O primeiro nível do discurso vincula os demais níveis. Em outras palavras, o legislador tem que ser racional¹⁶⁰ e o direito se encontra subordinado às normas morais que perfazem o ordenamento positivo.

No entanto, ao tempo em que nos procedimentos legislativos aos seus atores se permite o uso de argumentos éticos que tendem para uma via boa e

se o direito e a moral são neutros, eles são equidistantes e por isso não podem obter primazia alguma.

¹⁵⁹ "Assim, contra a ponderação, a prioridade do justo sobre o bom não significa a moralização do direito – embora a resposta de Habermas pareça tê-lo comprometido com tal consequência – significa, sim, que os conteúdos morais que adentraram no direito devem ter prioridade sobre as demais razões que também adentraram no direito". DUTRA, Delamar Volpato. Manual de Filosofia do Direito. Caxias do Sul: Educs, 2008, p.142-143.

¹⁶⁰ "A racionalidade da argumentação jurídica, na medida em que é determinada pela lei, é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação". ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 276.

argumentos pragmáticos que estipulam meios com vistas a um determinado fim, as leis já não atentam necessariamente para o que é de interesse de todos, mas sim para a comunidade.¹⁶¹ Em assim sendo, a pretensão de correção nunca seria satisfeita e a harmonia entre direito e moral se encontraria desfeita:

“Alexy sabe que decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser ‘corretas’ no mesmo sentido que juízos morais válidos: ‘a racionalidade jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação’. E, enquanto esse pressuposto não for preenchido, a harmonia entre direito e moral, defendida por Alexy, tem uma desagradável consequência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal”.¹⁶²

Porque a correção de uma decisão judicial está atrelada a um sistema de leis que incorporou argumentos que visam o oportuno, o disponível, o que é bom em uma determinada conjuntura, o que é variável e legítimo a um dado contexto, a decisão mesma se vê relativizada, haja vista que tem que se dobrar frente a um ordenamento situacional. Klaus GÜNTHER diz que a pretensão de validade defendida por ALEXY na tese do caso especial se diferencia da do discurso prático geral, conforme o autor: “(...) o que se expressa com ‘validez’ na ética discursiva não é outra coisa senão a reconhecimento por parte de absolutamente todos os afetados. Uma fundamentação ‘nos limites’ do ordenamento jurídico pode ser apenas uma fundamentação de validade convencional”.¹⁶³ Portanto, em virtude de o legislador lançar mão de argumentos de cunho ético e pragmático, que indicam o que é bom para as pessoas tendo em vista uma específica situação vivenciada em tempo e espaço determinados e que, por esta razão, são variáveis,

¹⁶¹ “A natureza dos questionamentos políticos faz com que a regulamentação de modos de comportamento se abra, no *médium* do direito, a finalidades coletivas. Com isso se amplia o leque dos argumentos relevantes para a formação política da vontade – aos argumentos morais vêm acrescentar-se razões pragmáticas e éticas”. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 191-192. Ainda: “O elemento teleológico deposita-se, não somente no conteúdo e no sentido da validade das leis, mas também nas contingências do processo de legislação”. *Ibidem*, p.196.

¹⁶² *Ibidem*, p. 289.

¹⁶³ “Del «absolutamente» pende, por supuesto, toda la diferencia, pues lo que se expresa con «validez» en la ética discursiva no es otra cosa que la reconocibilidad por parte de absolutamente todos los afectados. Una fundamentación «en el marco» de um ordenamiento vigente puede ser, pues, tan solo una fundamentación de la validez convencional”. GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Tradução: Juan Carlos Velasco Arroyo. *Revista Doxa*. Espanha, vol. 17-18, 1995, p. 298-299.

a decisão judicial embasada nestas leis não pode ser correta ou justa no sentido da ética do discurso esboçada aqui, pode esboçar apenas uma validade formal ou convencional que é aquela em relação ao ordenamento jurídico. A consequência disso é que a subordinação do direito à moral defendida por ALEXY sofre um abalo.¹⁶⁴

ALEXY concorda com a afirmação de HABERMAS segundo a qual a racionalidade da decisão está vinculada a uma legislação racional. Todavia, segundo o autor, tais considerações não ferem a idéia de que uma pretensão de correção é levantada em todo ato realizado por um operador do direito. A uma, porque ainda que o sistema jurídico possua regras de natureza teleológica, a pretensão de correção não desaparece, dado todos os motivos já expostos em favor da idéia de que a pretensão não se reporta às intenções do falante, mas sim na própria linguagem. Ocorre que tal pretensão significa, neste âmbito, uma adequação ou concordância da decisão judicial com o ordenamento em seu todo; a validade convencional apontada acima por GUNTHER. Esse é um aspecto da correção da decisão judicial:

“O primeiro aspecto é que a pretensão de que a decisão seja corretamente fundamentada se alguém pressupõe o direito estabelecido, qualquer que seja. (...) Se a injusta ou não razoável lei é legalmente válida, a decisão baseada nela também é válida e em muitos, senão na maioria dos casos, os princípios de segurança jurídica, separação de poderes e democracia exigem do juiz que siga até mesmo as leis injustas ou não razoáveis quando não há espaço para interpretação, sendo que então a decisão é correta sob as circunstâncias dadas, seja o quão infeliz foram. Mas apesar disso a decisão é perfeitamente legal. Ela é contaminada pela falha da lei”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ “Não é mais preciso limitar os discursos jurídicos através de uma restrição lógica dos conteúdos morais. Eles não constituem casos especiais de argumentações morais, ligados ao direito vigente, limitados, por isso, a uma parte daquilo que é moralmente permitido ou necessário”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p.291-292.

¹⁶⁵ “The first aspect is the claim that the decision is correctly substantiated if one presupposes the established law, whatever it may be. (...) If the unjust or unreasonable statute is legally valid, the decision based on it is legally valid, too, and in many, if not in most the cases, the principles of legal certainty, of separation of powers, and of democracy demand from the judge to follow even unjust and unreasonable statutes when there is no room for interpretation so that his decision is correct under the given *circumstances*, unhappy as they are. But nevertheless the decision is not a legally perfect one. It is soaked with the faultiness of the statute”. ALEXY, Robert. *The Special Case Thesis*. *Ratio Juris*. Vol. 12, n. 4, Dezembro 1999, p. 382.

Malgrado tal decisão ser moralmente imperfeita, haja vista a irracionalidade da legislação que acaba por contaminá-la, ela ainda é admissível porque a pretensão de correção necessariamente está aí, ocorre que ela não é satisfeita e a decisão judicial é defeituosa, todavia, ela ainda não perde seu caráter jurídico. O que ALEXY dá a entender é que a correção da decisão judicial está imediatamente e primeiramente relacionada com o ordenamento jurídico, e com a moral indiretamente por meio deste. O que, à primeira vista, seria uma resposta à crítica de HABERMAS, o qual assevera que ALEXY coloca o direito subordinado à moral.

Contudo, ALEXY faz menção aos casos em que o julgador pode se valer de elementos externos ao ordenamento, de modo que então a decisão judicial já não está diretamente vinculada com o ordenamento. Fala-se, aqui, dos casos em que os argumentos jurídicos, neste caso os dispostos no ordenamento, já não estão mais disponíveis ou em que não há como oferecer uma resposta unicamente a partir do direito positivo: "Isso corresponde à visão de que a argumentação jurídica pode seguir um caminho no qual especificamente argumentos jurídicos já não estão disponíveis. Exatamente neste ponto, o discurso prático geral tem que intervir".¹⁶⁶

Logo, quando os argumentos jurídicos não são suficientes para um problema, o julgador pode se valer de argumentos morais a fim de cobrir essa espécie de "lacuna". Do que não se conclui, na opinião de ALEXY, que o direito esteja subordinado à moral, mas sim que existe uma integralização entre essas duas esferas: "(...) na argumentação jurídica racional argumentos jurídicos específicos e argumentos práticos gerais estão combinados em todos os níveis e são aplicados conjuntamente. Pode-se designar isso de hipótese da integração. A tese do caso especial a ser defendida aqui é que a tese do caso especial na interpretação não como subconjunto, mas como integração".¹⁶⁷

¹⁶⁶ "This corresponds to the view that legal argumentation can take one part of the way to a point at which specifically legal arguments are no longer available. At exactly that point general practical argumentation must intervene". Ibidem, p. 380.

¹⁶⁷ "(...) in rational legal argumentation specifically legal arguments and general practical arguments are combined at all levels and applied jointly. One might call this the integration assumption. The

A tese da integração é corroborada por ALEXY quando este, nas suas explicações sobre a argumentação jurídica, afirma que na justificação da decisão judicial deve-se apresentar pelo menos uma norma universal, sem contudo, impedir a utilização de outros tipos de argumentos.¹⁶⁸ Tal norma universal não precisa estar escrita no ordenamento jurídico, ela pode ser externa a ele.

De outro lado, e ao que tudo indica contraditoriamente, o autor vem a firmar que as decisões judiciais devem ser justas em si mesmas: “Decisões judiciais não pretendem apenas ser corretas *no interior de um ordenamento jurídico legal válido*, mas também ser corretas *enquanto decisões judiciais*. Uma decisão judicial a qual aplica corretamente uma lei injusta ou não razoável não satisfaz a pretensão de correção levantada por ela em todos os aspectos”.¹⁶⁹

Como se vê, o autor já declara que as decisões judiciais têm que ser corretas enquanto tais, sem nenhuma referência ao sistema jurídico. A correção da decisão extrapola o direito positivo. Sendo que na hipótese de este ordenamento ser abertamente injusto, isto é, conter regras as quais não são passíveis de universalização, ao modo do que ocorre nos regimes totalitários, então, a decisão judicial pode vir em desacordo com ele, o que levou o autor a assumir a idéia de que em casos de extrema injustiça o órgão julgador deve decidir de forma contrária ao ordenamento em nome do que é justo.¹⁷⁰ Em tais casos a norma não é simplesmente defeituosa, ela nem mesmo é jurídica. ALEXY, neste ponto, serve-se da idéia de Gustav RADBRUCH que mediante a idéia de

special case thesis to be defended here is the special case thesis in the interpretation not of the subset but of the integration assumption “. Ibidem, p. 380-381.

¹⁶⁸ “(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal. (J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições”. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 219.

¹⁶⁹ “Judicial decisions not only claim to be correct *within the framework of the validly established legal order* but also to be correct *as legal decisions*. A judicial decision which correctly applies an unjust or unreasonable statute does not fulfil the claim to correctness raised by it in all respects.” ALEXY, Robert. The Special Case..., p. 382.

¹⁷⁰ “Diferentemente daquela da irradiação, essa tese sustenta que, por razões morais, uma norma individual só perde seu caráter jurídico quando é extremamente injusta. Sua base é constituída, portanto, pelo argumento da injustiça relacionado a normas individuais, tal como aparece na fórmula de Radbruch”. ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.80.

uma subordinação do direito à moral concluiu que o direito injusto não pode ser chamado de direito.¹⁷¹

Ora, malgrado o autor apresente argumentos no sentido de que há uma integração entre argumentos jurídicos e morais que se realiza nas hipóteses de lacunas do sistema jurídicos, ALEXY, na medida em que assente com a tese de que em injustiças extremas o justo pode ir contra o direito positivo, pois as decisões devem ser justas em si mesmas – tendo como critério para tanto a universalização -, parece comprar a idéia de uma subordinação do direito à moral, o que desde sempre elimina de todo a legitimidade de decisões injustas feitas com base em um ordenamento injusto. A pretensão de correção frente ao ordenamento só se admite caso o legislador seja racional, do contrário, isto é impossível, tendo em conta que a decisão deve ser justa em si mesma. A postura de ALEXY parece ser dúbia e a crítica de HABERMAS procede. Percebe-se, então, que o termo correção parece variar nas varias explanações de ALEXY: ora submetida ao ordenamento, ora sobrepujando-lhe; ora relativa, ora absoluta. Com isso, não responde satisfatoriamente a fundamentação das decisões judiciais.

3.3 - A CRÍTICA À PONDERAÇÃO

As problemáticas em torno da natureza dos argumentos jurídicos e da relação entre direito e moral se intensificou em virtude do tratamento diferente que cada um dos autores conferiu aos princípios jurídicos, dada a sua importância no interior do ordenamento. A fim de se especificar melhor os pontos divergentes, convém expor de modo detalhado a maneira como ALEXY compreende os princípios jurídicos e as críticas que HABERMAS insurgiu contra.

De acordo com Robert ALEXY, princípios e regras guardam uma característica em comum que é a de ambos expressarem juízos de dever-ser,

¹⁷¹ “A relação entre ambos os domínios de normas reside muito mais no fato de que a moral, por um lado, é *fim* do direito e, por outro, exatamente por isso, é *fundamento* de sua validade obrigatória”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 66. “Ele [direito] dirige-se para a moral não pelo seu lado dos deveres, mas pelo dos direitos. Outorga direitos aos indivíduos para que, com isso, possam cumprir melhor os seus deveres morais(...) O meu direito é, na realidade, o direito de cumprir o meu dever moral (...)”. *Ibidem*, p. 68-69.

ditando como devemos agir, ou seja, tanto regras quanto princípios ordenam e comandam, logo, a eles cabe o título de norma¹⁷². Muito embora essa semelhança, o modo como princípios e regras exprimem esse juízo é radicalmente distinta, a ponto de o autor nomear essa diferença como qualitativa e não meramente de grau ou quantitativa, como entendem outras teorias.

Análise-se a seguinte passagem na qual o autor qualifica os princípios: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.¹⁷³ Neste trecho, observa-se que aquilo que é ordenado como devido pelos princípios não tem que obrigatoriamente e definitivamente ser cumprido independente de quaisquer outras considerações. Pelo contrário, há limites que devem ser observados para que seja possível estipular se aquilo que um princípio dita será ou não obedecido. Em outras palavras, existem limites que cerceiam o cumprimento de um princípio, impedindo que este seja de todo satisfeito e fazendo com que este só o seja na maior medida do possível, admitindo, portanto, uma realização que não é plena e nem completa, mas sim parcial ou gradual.

Do lado oposto, no que se refere às regras, ALEXY afirma: “regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.” Assim sendo, regras, quando cumpridas, o são sempre integralmente, de modo que aquilo que por elas é ordenado deve ser seguido em seu todo, uma regra, diferentemente dos princípios, nunca é parcialmente satisfeita no que ela obriga. Tal modo de conceber a natureza das regras jurídicas não é originário do autor, pois este decerto se valeu da definição feita por DWORKIN.

Pelo fato de os princípios serem satisfeitos em variados graus dentro de limites fáticos e jurídicos que os envolvem, ALEXY os toma como mandamentos de otimização, com eles busca-se o melhor sob certas circunstâncias; ao passo que às regras cabe a qualidade de serem determinações que se cumprem de

¹⁷² “Toda norma ou é uma regra ou é um princípio”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos..., p. 91.

¹⁷³ Ibidem, p. 90.

todo ou não se cumprem, também no limite do que é fática e juridicamente possível. A diferença, portanto, não reside nos limites, haja vista que estes, sejam fáticos ou jurídicos, se mostram presentes tanto na aplicação de regras quanto na aplicação de princípios,¹⁷⁴ mas sim na idéia de que enquanto limites fáticos e jurídicos determinam o grau de satisfação de um princípio, nas regras eles determinam o seu cumprimento ou não.

A fim de esclarecer melhor tal diferença, resta explicitar melhor o que são os mencionados limites e como eles interferem na aplicação de um princípio ou de uma regra. A noção de limite aponta para elementos que impedem a total ou parcial aplicação de uma norma de direito; podendo ser tanto fático quanto jurídico. A respeito dos limites fáticos, por enquanto, basta dizer que são impossibilidades do campo do ser que impedem de realizar os preceitos de uma norma, são questões a respeito do ser. Já os limites jurídicos não dizem respeito, por óbvio, a dificuldades fáticas de se realizar de um mandamento, mas sim dificuldades do campo do dever-ser, ou seja, uma norma, de modo que somente uma norma pode servir de limite jurídico a uma outra norma. Uma norma serve de limite a outra.

Afirmar que uma norma jurídica sirva de barreira ou limite para a obediência de uma outra implica em assentir que essas normas postulam condutas contraditórias, isto é, que elas colidem uma com a outra, o que leva a soluções diversas para um caso concreto.

É por meio da solução desses conflitos que Robert ALEXY almeja um maior esclarecimento acerca da distinção entre estas espécies de normas, uma vez que seu intento é mostrar que a colisão entre regras é diferente da colisão entre princípios.

¹⁷⁴ “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”. Ibidem, p. 91. Todavia, como se verá adiante, limites fáticos fazem diferença quando se está a averiguar a incidência de uma regra em uma situação concreta, mas não entram em consideração quando se está a buscar uma solução de um conflito entre regras, neste caso, somente se consideram limites jurídicos, isto é, outras regras.

3.3.1 - Conflito de regras

Um exemplo de um conflito entre regras é o caso da mútua existência de uma regra que proíbe os alunos de saírem da sala de aula sem que toque o sinal e a de outra regra que permite a saída em casos de incêndio, independente se tocar ou não o sinal. Como se vê, são regras que impõem condutas contrárias. Como, então, resolver esse impasse?

Neste caso, simples, diga-se de passagem, vislumbra-se claramente que uma das regras, a que permite a saída em casos de incêndio, se apresenta como exceção à outra, uma exceção à regra, portanto. De modo que quando se admite uma exceção já não existe mais o conflito, pois sair da sala antes do sinal é admissível e não contraria os propósitos da regra que proíbe a saída.

Contudo, muitas vezes se tem em mãos conflitos que não admitem exceções e que por isso pedem outra forma de solução. Eis o exemplo lembrado pro ALEXY. Na Alemanha vigiam duas leis com conteúdos opostos. Uma delas, federal, prescrevia que as lojas permanecessem abertas no horário compreendido entre 7h e 19h dos dias úteis; a outra, lei estadual de Baden, proibia que as lojas, nos dias de quartas-feiras, ficassem abertas após as 13h. Poder-se-ia tentar resolver este impasse mediante o uso de uma regra que servisse de exceção, isto é, que a lei estadual fosse uma exceção à lei federal, porém, isso não é possível, uma vez que a constituição alemã apregoa categoricamente, no seu artigo 31, a prioridade do direito federal frente ao estadual¹⁷⁵, impedindo, assim, que se lance mão da lei do estado de Baden nesse caso concreto.

Tendo em vista que não se vislumbrou cláusula de exceção alguma para a colisão em mãos, não resta ao juiz alternativa senão a de declarar a nulidade de uma das leis em conflito, haja vista ser inadmissível que duas leis contraditas convivam harmoniosamente no interior do mesmo ordenamento jurídico em razão de, se assim não fosse, as duas seriam legítimas e tanto uma determinada

¹⁷⁵ “(...) do art. 31 da Constituição alemã (‘o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual’). Ibidem, p. 92.

solução, baseada numa das leis, quanto o seu contrário, justificada na outra lei, seria permitida pelo ordenamento jurídico.¹⁷⁶

De acordo com o autor:

Ao contrário do que acontece com o conceito de validade social ou importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável ao caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.¹⁷⁷

É importante remarcar a diferença para com a regra de exceção, pois ao se invocar uma regra de exceção não se está invalidando uma das leis, mas se está coadunando com a ideia de que ela não é incidente no caso prático em questão.

Destes exemplos se extrai a tese de que as regras possuem um caráter de serem mandamentos definitivos que não admitem a incidência simultânea de outra regra para a solução de um mesmo caso.

Observe-se que a situação fática de incidência de uma regra está prevista no seu próprio dispositivo legal, o que a torna a única norma válida para regular a questão prática que se tem em mãos. Uma outra regra deve prever outra situação fática à qual possa incidir e não a mesma, caso duas normas dessa espécie visem ao mesmo fato, elas entram em contradição porque determinam condutas divergentes. Muito embora surjam questões de fato a respeito da incidência da norma, todavia, quando não há dúvidas acerca disso, a incidência da regra é indiscutível e definitiva¹⁷⁸. Esclarecendo, se indiscutivelmente as lojas estão abrindo após as 13h00min nas quartas-feiras e há uma regra que proíbe isso, esta

¹⁷⁶ Malgrado no exemplo acima esteja claro qual norma é inválida, sabe-se que nem sempre está esclarecido qual das regras em oposição deve ser declarada nula. Para eventualidades como estas é permitido se valer dos tradicionais critérios de solução de antinomias: o critério da hierarquia, especificidade e o temporal.

¹⁷⁷ Idem, p.92.

¹⁷⁸ Sabe-se que há casos em que uma regra deixa de ser aplicada mesmo sabendo-se abertamente que ela incide no caso e não há outra regra conflitante, não obstante isso, ALEXY não entende que isso venha a ferir a teoria exposta acima, pois este conflito é no fundo uma colisão de princípios, como se verá adiante.

tem que ser aplicada. É a tese inclusa na expressão “tudo ou nada”. Ou a regra se aplica ou não se aplica, sendo impossível uma aplicação parcial ou otimizada, como as existentes nos princípios.

A essa postura de ALEXY poderia insurgir a crítica de que existem decisões *contra legem*, isto é, decisões que vão abertamente de encontro ao prescrito em um texto de lei, mas isso não descaracteriza a natureza da regra, uma vez que em decisões *contra legem* o conflito passa a ser de princípios jurídicos, que possuem outro modo de solver colisões, como se verá adiante.

3.3.2 – Conflito de princípios

Conforme dito anteriormente, os limites que cerceiam a aplicação de uma norma jurídica podem ser tanto da ordem do ser quanto da do dever-ser. A explicação dos conflitos de regras não permitiram aprofundar muito a questão nesse tocante porque o problema ficou restrito ao campo jurídico, no qual normas servem de limites a outras. A colisão de princípios, mais complexa, exige e permite, como se verá, uma abordagem mais profunda deste quesito.

Tal como escrito acima, os princípios, igualmente às regras, impõem condutas e têm o caráter de deve-ser, o que permite dizer que entre eles também subsiste a possibilidade de colisão, ou seja, que princípios ordenem condutas contrárias. Mais uma vez, ALEXY lança mão de exemplos, mais precisamente o recorrente caso Lebach e uma decisão do Tribunal Federal Alemão a respeito de um acusado e sua participação na audiência.

Trata-se de um caso em que uma emissora de televisão desejava transmitir um documentário sobre o assassinato de sentinelas do exército alemão que faziam a guarda de armas. Estes foram mortos por ladrões que roubaram as armas e que foram condenados. Ocorre que este documentário seria exibido dias antes de um dos condenados, após cumprir sua pena, conquistar novamente sua liberdade. Dado o conteúdo do documentário - exibição de nomes, fotos, etc - sua veiculação em rede nacional fatalmente feriria o direito à ressocialização do preso

prestes a se reintegrar na sociedade. Certamente há um conflito de princípios em jogo: ressocialização do condenado com o direito à informação da população.

Com o outro exemplo, o autor alemão traz à luz o caso de um acusado que não poderia participar da audiência em razão de que isso estaria colocando sua integridade física sob o risco de um derrame ou enfarte. Nesta situação, qual resposta pode ser encontrada no interior do ordenamento jurídico? ALEX Y entende que não há uma resposta definitiva e absoluta, pois não há uma regra prescrevendo como proceder no caso de a saúde de um acusado estar em risco pelo fato de participar de uma audiência. Diante disso, a resposta a este problema encontra-se nos princípios jurídicos, mais exatamente no princípio jurídico do dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e do também princípio, constitucionalmente consagrado, que visa à integridade física do acusado.¹⁷⁹

Uma vez entendido que o caso presente não configura uma colisão entre regras, mas sim de princípios válidos cuja validade não pode ser questionada e que apontam soluções contrárias - a participação do réu na audiência ou a sua não participação -, é importante frisar que a mencionada colisão não será resolvida aos moldes da colisão de regras, em que se prega o afastamento de uma das normas por invalidez e admite a incidência de apenas uma delas ou uma cláusula de exceção, mas sim mediante o método da ponderação¹⁸⁰.

3.3.3 - A ponderação e as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade

Os três “sub-princípios” ou máximas que informam o método da ponderação – máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - surgem da própria natureza de otimização que perpassa os princípios, logo,

¹⁷⁹ Ibidem, p. 94-95.

¹⁸⁰ “Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que é realizada, ou não é”. Ibidem, p. 96.

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito também trazem as características de serem otimizáveis no sentido exposto acima: o de serem realizáveis na maior medida do possível dentro de possibilidades.

Contudo, enquanto que os fatos eram de certa forma irrelevantes para a solução do conflito entre regras e apenas questões jurídicas eram tomadas em consideração, ou seja, limites jurídicos que impediam a aplicação de uma regra, no que tange ao conflito de princípios as coisas se passam de modo distinto: no método da ponderação não apenas elementos de dever-ser como também as questões de fato são relevantes. São de tais questões que tratam os princípios de necessidade e adequação.¹⁸¹

ALEXY não apresenta um conceito do que venha a ser a máxima da adequação, o que não constitui uma falha sua, haja vista que tal conceito é largamente utilizado na doutrina jurídica, remontando às origens do direito administrativo. O termo adequação faz sentido quando inserido num contexto em que estão presentes as noções de meios e fins, ela diz respeito especificamente aos meios que são idôneos ou adequados para se atingir certos fins ou estado de coisas. Logo, a máxima da adequação exige que com os meios pelos quais se intente a instauração de um estado de coisas, ou concretização de um princípio, sejam adequados para que realmente se consiga tal meta, se com eles não se conseguir, eles são inadequados.

Porém, isso não diz tudo, tendo em vista que todo meio utilizado pode trazer conseqüências para ou afetar outro princípio, é importante falar que o meio escolhido deve interferir o menos possível em outro princípio; segundo ALEXY: “O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruem a realização de ao menos um princípio sem promover outro princípio ou fim para o qual foi adotado” (tradução nossa).¹⁸² O que ALEXY afirma nesta passagem é que não se permite adotar meios que obstruam a realização de um princípio e não promovam a

¹⁸¹ “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face de possibilidades *fáticas*”. Ibidem, p. 118.

¹⁸² “The principle of suitability excludes the adoption of means obstructing the realisation of at least one principle without promoting any principle or goal for which they were adopted”. ALEXY, Robert. Constitutional rights, Balancing and Rationality. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 2, Junho 2003, p. 135.

realização de um outro princípio, isto é, um meio, para ser adequado, tem sempre que de algum modo promover, e evitar obstruir, a realização de algum princípio, sem isto não há que se adotar tal meio e tampouco pode existir uma justificativa para o sacrifício de outro.

Essa idéia é semelhante à racionalidade característica da otimização de Pareto, que traz a máxima de que uma situação pode ser aprimorada sem o detrimento de outra.¹⁸³ Ou seja, um meio deve promover um princípio sem, contudo, prejudicar outro.

Veja-se o seguinte exemplo, um Estado qualquer almeja frear o crescimento populacional (P1), ele lança mão da seguinte medida: estipular um número mínimo de filhos por casais (M1). Sem mais aprofundamentos, pode-se afirmar que este meio é adequado, isto é, mediante ele é possível reduzir efetivamente o crescimento populacional. Igualmente se percebe que esse meio interfere no princípio da liberdade dos casais constituírem família no modo como bem planejarem (P2).

Diante dessa possibilidade, qual seja, a de um meio adequado que, todavia, interfere em outro princípio, deve-se verificar se existem outros meios, igualmente idôneos, que interfiram menos no outro princípio (P2); com essa tentativa se estará respondendo à pergunta de se o meio inicialmente escolhido é necessário, isto é, o único com o qual é possível a redução populacional, ou se não há outro menos danoso. Aqui surge a outra máxima, a da necessidade, que nada mais imputa do que verificar se não há meios menos gravosos para o provimento de um princípio, caso não se encontre um, então, o meio é necessário, único. No caso em tela, um outro meio (M2), à primeira vista idôneo, seria o de educação de planejamento familiar, incentivo ao uso de anticoncepcionais, etc; o que levaria a escolher qual desses meios é menos gravoso ao princípio da liberdade de constituir família como desejar. Em termos gerais a máxima da necessidade significa: “Esse princípio requer que de dois meios de promover P1 que são,

¹⁸³ “Isso mostra que o princípio da adequação é nada mais do que a expressão da idéia de otimização Pareto: uma posição pode ser promovida sem o detrimento de outra”. No original: “This shows that the principle of suitability is nothing other than an expression of the idea of Pareto-optimality: One position can be improved without detriment to another”. Idem.

genericamente falando, igualmente adequados, aquele que interfere menos intensamente em P2 deve ser escolhido. Se existem meios que interfere menos intensamente e sejam igualmente adequados, uma posição deve ser promovida sem o custo da outra”.(tradução nossa)¹⁸⁴ Vale ressaltar que o princípio da necessidade não postula uma medida como necessária ou obrigatória para todas as ocasiões, pois sua força está vinculada à do outro meio com a qual é comparada.¹⁸⁵

Do mesmo modo à máxima anterior, também aqui reside a otimização de Pareto, pois se está a escolher meios que interfiram menos no outro princípio, isto é, otimizando um princípio o evitando ao máximo denegrir outro.

Essas afirmações esclarecem dois pontos importantes. O primeiro é de como as máximas de adequação e necessidade dizem respeito primordialmente a fatos, como fazer pra atingir um estado real de coisas, mundo do ser. Haja vista que no decorrer da análise de meios adequados e necessários o legislador pode se deparar diante da impossibilidade de realizar o desejado princípio de outra forma, isto é, só existem os meios vislumbrados por ele, sendo impossível, faticamente, realmente, o uso de outros meios.

O segundo é de que o que faz com que se evite denegrir um princípio ao promover outro é a própria natureza dos princípios jurídicos como mandamentos que devem ser otimizados e providos o máximo possível; são mandamentos que devem ser resguardados, que impõem deveres e garantem direitos que não podem sem mais nem menos serem violados. Em outras palavras, o fato de princípios serem mandamentos de otimização frente a certas circunstâncias fáticas e jurídicas implica aceitar a idéia de que os modos de promovê-los tem que ser os que menos prejuízos trazem a outros princípios. Eis o que afirma ALEXY:

¹⁸⁴ “This principle requires that of two means of promoting P1 that are, broadly speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively in P2 ought to be chosen. If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no cost to the other”. Idem.

¹⁸⁵ “Quando se fala em ‘necessidade’ ou em ‘exigibilidade’, nos termos da regras da proporcionalidade, não se quer fazer menção a uma *situação de necessidade*, de urgência ou de que ‘algo precisa necessariamente ser feito’. (...) Não há, nesse sentido, relação alguma entre necessidade ou exigibilidade e *imposição* da conduta”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.170-171.

“Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”.¹⁸⁶

Destas afirmações resulta claramente que as máximas acima exercem um papel de controle dos atos do poder público, resguardando ao máximo possível os princípios jurídicos de serem lesados por meio de atos arbitrários, pelo contrário, com elas fica demonstrado que o legislador não pode fazer o que bem entender, mas que há parâmetros que o guiam nas suas ações.

Ocorre que tudo o que foi dito aqui ainda não remete à ponderação propriamente dita, tais explanações estão a ela correlatas. Adequação e necessidade não dizem respeito exatamente a conflitos entre princípios jurídicos, isto é, a comandos de ação que prescrevem condutas contrárias, pois como se mostrou, elas dizem respeito a meios mediante os quais se alcança algo.

Porém, tais máximas guardam uma íntima relação com a questão da ponderação porque o conflito a que esta diz respeito só ocorre de fato quando se depara com meios adequados e necessários para a realização de um princípio. Veja-se a explicação de ALEXY:

“Que uma das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P1 e P2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P2, ao exame da necessidade deve-se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento”.¹⁸⁷

Nesta passagem se vislumbra a idéia de que adequação e necessidade não oferecem a última resposta aos casos em que elas são utilizadas, por mais que se tenha estabelecido que determinado meio é adequado e necessário, ainda não se pode concluir que ele será posto em prática, porque resta ainda esclarecer se o cumprimento que ele possibilita a um princípio justifica o sacrifício do outro

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos..., p. 116-117.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 119-120.

princípio, que prescreve comando contrário; de modo que deste pensamento, e tomando os princípios como comandos que devem ser ao máximo otimizados, pode-se extrair a seguinte lei do sopesamento: “quanto maior o for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.¹⁸⁸

Neste nível, o problema de qual princípio deve prevalecer é unicamente jurídico, de dever-ser, e é por meio do sopesamento que se soluciona essa questão.

Exposta nesses termos a questão já encetou um caminho mais claro e específico, tem-se, agora, que demonstrar quando um princípio pode ser sacrificado em razão de outro, ou quando este tem preponderância frente àquele ou o precede.

Essa relação de precedência pode-se revelar de quatro modos diferentes, quais sejam:

- a) $P1 \succ P2$;
- b) $P2 \succ P1$;
- c) $(P1 \succ P2) \text{ C}$;
- d) $(P2 \succ P1) \text{ C}$.

Traduzindo em palavras, os dois primeiros modos mostram-se como relações de precedência em abstrato e absolutas, em todas as ocasiões, o princípio P1 prevalecerá sobre o princípio P2, e, na letra b, em todas as ocasiões P2 preponderará sobre P1. Como se vê, é uma afirmação de uma relação incondicionada, que permanece a mesma, independente das conjunturas em que se desenrola e que não releva as situações concretas subsistentes. ALEXY não compactua com essa tese, segundo ele, não é possível falar de precedência em abstrato ou a priori entre direitos fundamentais. Nem mesmo do princípio da dignidade da pessoa humana frente a outros princípios colidentes.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Ibidem, p. 593.

¹⁸⁹ Ao se referir à seguinte afirmação do Tribunal Constitucional Federal: nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro, o autor afirma: “essa afirmação vale de forma geral para as colisões entre princípios de direito constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual ainda voltarei, constitui somente à primeira vista uma exceção a essa idéia”. Ibidem, p. 97.

Por conseguinte, restam duas relações que ocorrem em casos concretos: P1 tem precedência sobre P2 em determinadas condições ou P2 tem precedência sobre P1 sobre determinadas condições. “C” são as condições ou situações nas quais ocorre a colisão entre princípios e que desempenham um papel decisivo para a solução do conflito.

Retomar o caso do acusado que se viu em risco de participar de uma audiência é elucidativo quanto a esse ponto. O Tribunal Constitucional Federal afirmou o seguinte: “se a realização da audiência representa um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a condição do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, §2º, 1, da Constituição.”¹⁹⁰ Ou seja, participar da audiência configura uma lesão ao seu direito de integridade física; as condições do fato concreto, uma audiência processual, é que fomentam essa lesão e ferem o princípio da integridade física do acusado, logo, do ponto de vista dos direitos fundamentais ela é proibida. Deve-se frisar que, como essa precedência foi condicionada ao caso concreto, ela não é absoluta, isto é, não é sempre que o princípio da integridade física terá maior peso do que o princípio de uma aplicação adequada do direito penal, de modo que essa relação pode ser invertida em outras diferentes ocasiões.

O autor lança mão de outro exemplo, também já apresentado acima. No caso Lebach, eis o modo como o Tribunal constitucional Federal retratou as condições (C) fáticas em que se dá o conflito: “repetição do noticiário televisivo, sobre um grave crime, não mais revestido de interesse atual pela informação (...) que coloca em risco a ressocialização do autor”¹⁹¹. Destarte, o Tribunal se posicionou pela precedência do princípio da ressocialização do autor frente ao direito de informação. Novamente, vê-se que dadas as circunstâncias em que ocorre o conflito, a solução pode ser em um sentido, tanto quanto em outro.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 98.

¹⁹¹ Ibidem, p. 101-102.

3.3.4 – Princípio e valor: a confusão acerca do justo

Acima foi relatada a maneira como Robert ALEXY concebe os princípios jurídicos, bem como o porquê de pensá-los como mandamentos de otimização.

Lendo as explicações de HABERMAS sob a diferenciação dos usos da razão prática feita no início deste capítulo, resta claro que ALEXY concebe os princípios jurídicos como espécies de normas de natureza teleológica, uma vez que visam instaurar ou tornar real um estado de coisas no mundo objetivo, respeitando tanto outros princípios quanto empecilhos de ordem fática na concretização deles. Princípios são equiparados a valores e destarte designam aquilo que é bom para uma específica forma de vida concretizada em tempo e espaço definidos.

Essa equiparação de princípios a valores deu ensejo a uma contundente crítica de HABERMAS, que está pautada nos diferentes usos da razão prática expostos acima e que vai ao sentido de mostrar como ela se choca com a tese da pretensão de correção.

Com base nessa diferença, o autor demarca os pontos que diferem princípios de valores e bens quando inseridos na ordem jurídica. Nas suas palavras: “Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, em suas respectivas diferenças ao agir obrigatório ou teleológico”.¹⁹² O termo obrigatório usado por HABERMAS traz o sentido de deontológico ao qual jaz contraposto o termo teleológico. Tendo em conta que princípios apresentam aquela natureza, o que move a obediência a eles não são as conseqüências que advém do agir que lhes é conforme, mas um dever que surge do seu caráter obrigatório. Diferentemente de ações teleológicas que pautam a política e que são guiadas por conseqüências e são cumpridas unicamente caso estas se realizem e sejam convenientes¹⁹³. Como bem se viu, ALEXY os compreende como mandamentos

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 317.

¹⁹³ A teoria habermasiana se aproxima em muito, ao menos nesse ponto, da teoria de DWORKIN que estipula a diferença entre argumentos de política e de direito. HABERMAS admite que do discurso prático estejam presentes argumentos que DWORKIN denomina de política porque visam alcançar um objetivo de cunho econômico, ou social, por exemplo. De outro lado, encontram-se as normas jurídicas que, não obstante estarem imiscuídas de argumentos pragmáticos e existenciais

de otimização que são cumpridos em virtude de um fim: “A argumentação teleológica se torna, com isso, argumentação a partir de princípios”¹⁹⁴, isto é, notadamente teleológicos.¹⁹⁵

Disso também se segue que princípios não podem prescrever condutas contrárias, sob pena de contradição, a qual pode ser evitada com uma reconstrução que preserve a sua coerência formando um sistema. Os valores, por seu caráter de preferências que não obrigam no sentido estrito do termo, mas apenas designam o que é bom, já não são dotados dessa mesma forma de validade.

Isso leva a outra diferença entre princípios e valores que está “na codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade”. Ora, se os princípios retiram sua força de seu caráter obrigatório, e não se cumprem por causa de um fim, eles possuem validade binária, são válidos ou inválidos, ou seja, ou obrigam ou não obrigam; inexistindo um meio-termo ou situações nas quais eles percam sua força normativa. De outro lado, tem-se os valores, sendo que em razão destes expressarem preferências, os bens a que visam resguardar podem ser uns mais atrativos que outros, sem que com isso se afaste os demais, que nesta hipótese ainda seriam atrativos, porém, menos.

de força no processo legislativo, visam o que é justo, o que é de direito. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

¹⁹⁴ ALEXI, Robert. Teoria da argumentação..., p. 238.

¹⁹⁵ Esse modo de pensar foi seguido até mesmo por alguns dos críticos de ALEXI, veja-se a posição de Humberto ÁVILA: “Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. (...) Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma *função diretiva* (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim são conteúdos desejados. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). (...) daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição de um fim é o ponto de partida para a procura por meios”. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores: São Paulo, 2004, p.70-71. Ana Paula de BARCELLOS se coloca debaixo das críticas de HABERMAS uma vez que segue ALEXI ao defender que: “Os princípios (...) descrevem em geral um conjunto de efeitos que pretendem ver realizados no mundo dos fatos”. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 135.

Logo, conclui-se que os princípios, e eis a terceira diferença, possuem um caráter obrigatório, incondicional e de validade universal, que denotam aquilo que é justo e correto, e não o que é bom, na acepção ético-existencial do termo já apresentada¹⁹⁶; dado isso, não admitem exceções, sejam elas a quem se impõe a conduta ou em que ocasiões esta é exigida.

Entretanto, ALEXY, ao tempo em que identifica valores e princípios, parece incorrer neste equívoco, pois estes últimos, ainda que incidentes em determinado caso e mesmo assim válidos, uma vez que não ficam desabrigados de validade, podem ceder frente a outros princípios sob certas condições fáticas as quais estes últimos também incidem:

“Essa situação [da colisão] não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária”.¹⁹⁷

Isto é, mesmo sendo idôneo para regular determinado problema, o princípio tem sua validade preservada no método da ponderação, todavia, a conduta por ele prescrita pode ser desconsiderada, e ele não gera obrigações para o caso concreto.¹⁹⁸

A validade é desvinculada da obrigatoriedade. O princípio é válido, mas não obriga, e o modo binário de validade cair por terra porque se admite que os princípios sejam obedecidos de forma gradual e não plena. O estado ideal de

¹⁹⁶ “Porém, no caso de normas, ‘correto’ é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa para todos; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é ‘correto’ o comportamento que, em sua totalidade e longo prazo, é bom para nós”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 317.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 96.

¹⁹⁸ “À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável”. HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia...*, p.317.

coisas que é almejado não se tornará real haja vista que existe outro princípio de maior peso.

À maneira do que se dá em discursos teóricos a respeito de fatos objetivos no mundo, em que as afirmações ou são verdadeiras ou falsas, inexistindo meio-termo entre elas, o discurso jurídico, em que estão em jogo princípios, o que se deve e não se deve fazer, não pode tomar estes como mais ou menos obrigatórios, ou coercitivos. Mesmo o fato de que durante o discurso há sempre razões contrárias em menor número, bem como pertinentes àquele caso em específico, não sai em desfavor da exigência de uma afirmação categórica que não aceita áreas de penumbra acerca do que se emite no ato de fala.¹⁹⁹

O resultado imediato dessa assimilação de um por outro é a insegurança jurídica. Leia-se a seguinte passagem na qual HABERMAS demonstra as consequências da admissão de valores como argumentos no discurso jurídico como o definir seu caráter prescritivo forte e a promover a insegurança jurídica:

“Se por outro lado, as normas justificadoras forem entendidas como valores que se trazem *ad hoc* para dentro de uma ordem transitiva por uma eventualidade qualquer, então a sentença resulta de uma ponderação de bens. Logo, a sentença é ela mesma uma sentença de valor e reflete de maneira mais ou menos adequada uma forma de vida que se articula no âmbito de uma ordem concreta de valores (...). Com tal assimilação de mandamentos que se aproximam a sentenças de valor surge a legitimação para um espaço de mensuração subjetiva”.²⁰⁰

HABERMAS, no trecho acima, assevera que os valores são transitivos, isto é, a ordem, as relações de preferência que se estabelecem entre eles, é transitiva, flutuante, em suma, variam com o tempo, o lugar, a situação. Isso é claro quando se relembra que ALEXY claramente defende a idéia de que a resposta acerca de

¹⁹⁹ “Afinal, realmente pode haver boas razões para um enunciado em maior ou menor número, ao passo que a proposição em si mesma ou é verdadeira ou é falsa. Supomos a ‘verdade’ como qualidade ‘imperdível’ dos enunciados, mesmo que possamos avaliá-los com base em razões que conforme o caso *justificam* que os consideremos verdadeiros”. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Loyola: São Paulo, 2002, p. 368. É de suma importância salientar que o enfraquecimento da normatividade de que se fala não se confunde com uma desobediência de cisão judicial, esta, ainda que valorativa, é obrigatória para ambas as partes, não podendo ser cumprida gradualmente ou seu cumprimento ficar à mercê da vontade da parte, como se esta pudesse escolher cumpri-la ou não. Mais a respeito na diferenciação estabelecida por ALEXY entre comandos de otimização e comandos a serem otimizados. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. Ratio Juris. Vol. 13.Nº 3. Setembro de 2000.

²⁰⁰ Ibidem, p. 369.

qual princípio prevalecerá sobre outro será obtida unicamente analisando o caso concreto. Aliás, mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana pode ceder frente a outro conforme o caso, em suma, não há absolutos no direito.²⁰¹ É como se a realidade dissesse o que é de direito, ao passo que este deve conformar aquela. Ora, se normas que caracterizam o que é justo são incondicionadas, suas ordens não podem enfraquecer diante das circunstâncias; princípios não podem se ver esvaziados em ocasião alguma. O que é de direito é de direito e não pode ser enfraquecido diante de qualquer circunstância fática.

Portanto, HABERMAS acerta ao afirmar que a sentença ela própria é uma sentença de valores. A sentença é um retrato dos valores daquele momento, conjuntura em que se vive; é um reflexo de uma ordem de valores. Isso, ainda de acordo com o autor, é um espaço para juízos subjetivos. HABERMAS, em outra passagem sobre o mesmo ponto, diz que ela é “irrefletida e arbitrária”.²⁰² Esses termos possuem um sinônimo, ou seja, a ponderação é irracional.²⁰³

Essa afirmação de HABERMAS é muito forte; segundo ALEXY, ela, se fosse acertada, feriria de morte a sua teoria. Isto posto, o autor vem a demonstrar

²⁰¹ “O Tribunal Constitucional Federal excluiu a possibilidade dessa forma de relação de precedências com a afirmação: ‘nenhum desses interesses goza, por si mesmo, de precedência sobre o outro’. Essa afirmação vale de forma geral para as colisões entre princípios de direito constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana (...) constitui somente à primeira vista uma exceção a essa idéia”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 97.

²⁰² “E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de preferência e padrões consuetudinários. Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem dos valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 321-322. Ainda: “no caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito”. Idem. *Some-se a isso o problema de que o juiz pode estar enganado quanto aos valores da sociedade, atribuindo-lhe valores que são seus*. Paulo Gustavo Gonet Branco, sobre o ativismo judicial, afirma: “Se o juiz constitucional fosse além disso, haveria o risco do paternalismo judicial, substituindo-se a concepção ética formado pelo agir comunicativo pela identidade ética que o juiz atribui à sociedade”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82. Além disso, “o juiz escalona uma ordem de valores que a constituição não formou”. Idem.

²⁰³ A crítica não se limita a ALEXY, mas sim a toda uma corrente de autores que assimilam princípios a valores, notadamente os adeptos da jurisprudência dos valores de forte voz na jurisprudência alemã: “Na república Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma ‘doutrina da ordem dos valores’, desenvolvida pelo próprio tribunal.(...) Para o Tribunal constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ‘ordem concreta de valores’”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 314-315.

que ela não procede e que a tese por ele defendida, segundo a qual o direito é um caso especial de discurso jurídico, adota critérios racionais para solução de conflitos. E o faz retomando a análise de vários casos concretos nos quais é patente o uso de argumentos e razões que apontam determinada resposta, e se submetem a uma obrigação de fundamentar, ao modo do que é exigido pelas regras do discurso.

Relendo-se os exemplos acima dos quais ALEXY se valeu para explicar a ponderação, observa-se que na argumentação apresentada pelos órgãos julgadores indubitavelmente existem argumentos. O modo de ponderar princípios não é pautado unicamente na vontade daquele que julga, não é de todo arbitrário; a todo o instante se fala por que um princípio deve preponderar sobre outro. ALEXY ainda se mantém fiel à idéia de discurso de acordo com a qual todo aquele que levanta uma pretensão de um ato de fala tem que apresentar razões a favor do que diz, ao modo do que foi exposto na sua teoria da argumentação com todas as regras que ela traz. Sob esse prisma, o qual é acertado, a crítica de HABERMAS é mal feita, na medida em que a ponderação não é irracional, é, porém, de uma racionalidade que não a moral dos discursos práticos sustentados na ética do discurso, e sim um racionalidade teleológica que diverge radicalmente da racionalidade deontológica que perpassa os princípios e normas jurídicas no entender de HABERMAS.²⁰⁴

O que se percebe é que ALEXY atenta para apenas um aspecto da legitimidade, qual seja, o de que os que argumentam devem levantar razões em favor de duas posições a fim de angariar consenso, sob pena de seu comando de ação ser ilegítimo. No entanto, a fundamentação não está constituída unicamente a isso, atrelado a ela encontra-se também a necessidade de que as normas têm que ser corretas, sendo que para este aspecto ALEXY parece não ter dado a

²⁰⁴ “Talvez a crítica de Habermas não esteja bem formulada. A meu ver, da perspectiva deontológica de Habermas, o problema não consiste na irracionalidade do modelo de ponderação, de Alexy. Os padrões fornecidos por Alexy *são racionais*. O problema é que esses padrões são racionais no sentido de uma racionalidade teleológica, e não no sentido da razão prática kantiana.” VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: Flávio Beno Siebeneichler (org.). Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006, p. 33-34.

devida atenção, tendo em vista que entende que uma decisão pautada em valores pode ser denominada de correta.

Mesmo as suas afirmações dando conta de uma universalização da decisão judicial a fim de lhe conferir natureza deontológica, obrigatória,²⁰⁵ não respondem de modo assaz ao problema porque sugerem uma universalização de valores, o que se mostrou impossível, pois não há como conferir um status ontológico aos valores no pensamento pós-metafísico. Valores não podem ser universalizados, a pluralidade das formas de vida não permite apontar o que é bom ou prazeroso para todos.²⁰⁶

Relembre-se, ainda, que uma regra universal é apenas um dos elementos que informam uma decisão judicial, o que não exclui a intromissão de outros argumentos,²⁰⁷ o que torna ainda mais difícil a possibilidade de uma universalização dos comandos de ação e a correção da sentença.

A universalidade é possível de ser resguardada com a diferenciação entre discursos, de justificação e aplicação, sendo que este último está pautado pela adequação como critério, e não pela simples universalização moral.

A distinção entre discursos de justificação e aplicação está pautada basicamente no seguinte: as normas das quais se vale para fundamentar uma decisão já estão no ordenamento jurídico e são válidas, ou seja, já passaram por um discurso que averiguou a validade e legitimidade delas. No momento da decisão de um caso particular e concreto, o julgador não está a verificar se as normas do ordenamento são válidas, haja vista que essa questão já fora problematizada no momento em que tal norma ganhou morada no ordenamento

²⁰⁵ “Deste modo, a *ponderação* não conduz a decisões particulares, na medida em que, sobre a decisão de *ponderação*, sempre é possível a formulação de uma *regra*, permitindo, assim, o estabelecimento de uma ponte entre a *ponderação* do caso particular e *universalização*.” FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, nº 9, Dez. 2006, p.96.

²⁰⁶ “A distinção terminológica entre normas e valores somente perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos – como é o caso das versões clássicas da ética dos bens. Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores, transformando-os em entidades que existem em si mesmas; sob condições do pensamento pós-metafísico, no entanto, elas não são mais defensáveis”. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia..., p. 318.

²⁰⁷ “(...) e em caso de fundamentação de uma norma que não se extrai do direito positivo pode se apresentar como argumento um fim que se deve perseguir”. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação..., p. 239.

jurídico. Disto, GUNTHER, a quem HABERMAS se filia, afirma, contra ALEXY, que o direito não é um caso de discurso prático em que se justificam normas mediante o princípio de universalização, este é utilizado em discursos de justificação e não nos discurso de aplicação de normas, o qual se pauta por um princípio de adequação que busca a norma adequada ao caso concreto.²⁰⁸

E a norma adequada, ou propícia, a um caso concreto de fato o regula. Não perde a sua força normativa e seu caráter obrigatório que a caracteriza. Diferentemente da ponderação, na qual, mesmo incidente, o princípio não se impõe, perdendo seu poder normativo e traço obrigacional.

O que existe ao fundo de todas essas diferenças entre os autores é uma confusão conceitual promovida por ALEXY acerca do conceito de correção. Pretensão de correção no sentido que se extrai da ética do discurso não é um conceito vago e genérico, sujeito às oscilações de tempo e lugar. Ao contrário, correção guarda um sentido unívoco no qual se indica normas de ação que possam ser universalizadas e que são deontológicas, em contraposição ao sentido teleológico. É exatamente isso que autor pareceu não ter se notado. Em algumas passagens fica manifesto como o conceito de correção é tomado de um modo distinto daquele único que pode ser apresentado pelo agir comunicativo. Leia-se o trecho a seguir:

“Como pretensão geral ou abstrata, a pretensão de justiça não aponta a uma determinada concepção de justiça, mas sim apenas a uma correta distribuição de bens e cargas e ao correto equilíbrio, por exemplo, entre culpa e pena, dano e reparação. A justiça abstrata não é outra coisa que a justiça em relação com a distribuição e compensação. Assim como são diferentes os critérios de correção da distribuição e da compensação, é universal a

²⁰⁸ “Portanto, será no discurso de aplicação que encontraremos o problema na colisão. As normas válidas sob circunstâncias inalteradas poderão colidir ao examinarmos todas as circunstâncias de uma situação.(...) a colisão, nesse caso, seria um problema da adequação e não da validade de normas.”GUNTHER. Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 312. A respeito do princípio de adequação, HABERMAS assevera: “Em tais *discursos de aplicação*, a imparcialidade do juízo não é garantida através de um novo princípio de universalização, e sim através de um princípio de adequação”. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia..., p. 203. ALEXY rebate de forma convincente essa distinção com o argumento, grosseiramente aqui explicado, de que na decisão judicial a norma a ser aplicada foi criada pelo intérprete, de modo que ela precisa ser então justificada. ALEXY, Robert. Justification and application of norms. Ratio juris. Vol. 6. nº 2, p. 157-170. Jul. 1993.

pretensão de que se distribua e compense corretamente. Tudo isso não se restringe aos tempos atuais.”²⁰⁹ (tradução nossa)

Lê-se acima que ALEXY deixou em aberto o conceito de justo. Ou melhor, ele parece ter atribuído à justiça uma noção de distribuição igualitária de bens aceitando a diferenciação entre dois tipos de justiça: a distributiva e a comutativa.

Ora, ocorre que tal definição de justiça, ainda que de importância incomensurável na filosofia tendo em vista seu mentor ser ARISTÓTELES, não se conclui, pelo menos não aparentemente, da estrutura da linguagem. A partir de uma análise da pragmática lingüística que desembocou nas regras da comunicação e da ética do discurso, não se chega à tese de que a justiça é uma equilibrada distribuição de bens. Relembrando o dito acima a respeito do que é correto, da linguagem extrai-se unicamente que as normas devam atender a interesses generalizáveis, que possam ser seguidos por todos, o que é manifestamente distinto de uma igual distribuição de bens. Tomar o justo como uma igualitária distribuição de bens e oportunidades, ainda que possa ser bom e conduzir à paz e à felicidade, é se deixar guiar por uma racionalidade teleológica que visa instaurar um estado de coisas, igualitário, no mundo real.

Assim, mostra-se como ALEXY não atentou para o real sentido que o termo universal possui no interior da ética do discurso. ALEXY entendeu o termo em um sentido estreito ao tomar como universais apenas as regras de argumentação. Apesar de isso ser verdadeiro, ou seja, as regras deveras possuem validade universal, a universalidade de que se fala não está restrita a isso, mas indica uma regra de argumentação, a qual foi chamada de princípio ‘U’. Universais não é unicamente uma referência às garantias discursivas. Em acréscimo a isso, relaciona-se também aos efeitos cumprimento universal da norma sobre a qual se

²⁰⁹ “Como pretensión general o abstracta, la pretensión de justicia no apunta aún a uma determinada concepción de justicia, sino solo a la correcta distribución de bienes e cargas y al correcto equilibrio, por ejemplo, entre culpa y pena, daño y reparación. La justicia abstracta no es otra cosa que la justicia em relación com la distribución y la compensación. Así como son diferentes los criterios de corrección de la distribución y la compensación, er universal la ‘pretensión de que se distribuya y compense correctamente. Todo esto no se circunscribe a los tiempos autales.” ALEXY, Robert. *Derecho y Corrección*, p. 40. O autor enfatiza a idéia ao repetir: “As questões da correta distribuição e da correta compensação são questões de justiça”. No original: “Las cuestiones de la correcta distribución y de la correcta compensación son cuestiones de justicia”. Ibidem, p. 46.

discute. O autor atentou apenas para o primeiro sentido, e não para o segundo. Com isso ALEXY se permitiu assimilar princípios a valores, pois assim é possível conceber universalização como universalização de valores, a qual está limitada a uma esfera de agentes pertencentes a uma comunidade limitada no tempo e no espaço.

E não só isso, o autor, em outro trecho, deixa o termo à livre apreciação e compreensão daquele que no ato de fala levanta uma pretensão de correção: “Entre os argumentos sobre como alguém compreende a si e a comunidade na qual vive desempenha um papel essencial. Com isso, o justo depende do bom. Mudando a compreensão de si ou a interpretação da tradição na qual alguém fora criado muda-se também a concepção de justiça”.²¹⁰(tradução nossa)

Neste trecho, ALEXY, defendendo a unidade da razão prática obtida pela assunção dos mais variados tipos de argumentos em discursos práticos, admite que o que é justo varia conforme a compreensão que aquele que fala tem de si e da comunidade na qual está inserido. A esta altura, aquilo que é bom parece preponderar sobre o que é justo, pois a compreensão acerca do que é justo pode ser moldada por aquilo que é bom. Levando adiante o raciocínio, se chegaria à conclusão de que não é unicamente o conceito de justo que se vê na possibilidade de ser relativizado, mas até mesmo a própria linguagem parece se ver enfraquecida na sua força ilocucionária, afinal, será que a tese de que todo ato de fala levanta uma pretensão não está circunscrita por um contexto, a uma compreensão de si e da linguagem ela mesma, o que desembocaria em uma contradição por parte ao autor?

Dado isso, a crítica que BULYGIN tece à tese da pretensão de correção parece ter razão de ser, uma vez que, malgrado a pretensão existir, caso o conceito de justiça seja de tal modo indeterminado, colocaria em risco a teoria do discurso assumida por ALEXY: “Quais garantias temos que todos eles entendem a mesma coisa por ‘correção moral’ ou ‘justiça’? Terá sido a mesma idéia de justiça

²¹⁰ “Among them arguments about how one should understand oneself and the community in which one lives play an essential role. By this, the just depends on the good. Changing one’s self-understanding or one’s interpretation of the tradition in which one has been bred can change one’s conception of justice”. ALEXY, Robert. *The Special Case...*, p. 379.

que impeliu Ghengis Khan, Felipe II da Espanha, Henry VIII da Inglaterra, Khomeini ou Pinochet a promulgar normas legais? Provavelmente eles entenderam diferentes coisas por justiça ou correção moral”.²¹¹ (tradução nossa)

Ligado a isso jaz o fato de que a sua concepção dos princípios está fincada em uma prática constitucional do Tribunal Federal Alemão e em nenhum momento se estabelecem pontes entre a ponderação e os princípios da linguagem. Não se pode aceitar uma determinada tese sobre os princípios unicamente porque ela é aceita e seguida, afinal, nada garante que seus mentores e adeptos não estejam enganados a seu respeito.

Justo é um predicado que se relaciona a normas de ação²¹²; jamais à realidade objetiva dos objetos. A realidade fática ao redor não é justa e tampouco injusta. A igualitária distribuição de bens é algo que pode ser descrito e que destarte é passível de verdade ou falsidade. Em suma, estão sujeitas à problematização de um discurso teórico, mas não de um discurso prático que caracteriza o direito.

HABERMAS afirma claramente que a justiça não é um valor entre outros valores. Igualar a justiça a um bem, além de impossível de se deduzir analisando a linguagem, significa que ela é ponderável ou concorrente com outros bens, ou seja, em um conflito de princípios se poderia balizar o bem ou valor “justiça” com outro bem, tal como a vida, a propriedade, a paz, etc.

²¹¹ “(...) what guarantee do we have that all of them understand the same thing by ‘moral correctness’ or ‘justice’? Is it the same idea of justice that moved Ghengis Khan, Philip II of Spain, England’s Henry VIII, Khomeini or Pinochet to enact legal norms? Probably they understood quite different things by justice or moral correctness”. BULYGIN, Eugenio. Alexy’s thesis of the necessary connection between law and morality. *Ratio Juris*. Vol. 13. nº 2. Junho de 2000, p. 134.

²¹² “Assim como ‘verdadeiro’ é um predicado para a validade de proposições assertóticas, ‘justo’ é um predicado para a validade das proposições normativas gerais que expressam mandamentos morais. Por isso, a justiça não é um valor entre outros valores”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 193.

CONCLUSÃO

Ao início foi levantada a pergunta pela fundamentação do direito, tendo a linguagem como fio condutor que encaminharia a uma resposta. Esta, como bem se viu, foi lida a partir dos conceitos de uma corrente específica da filosofia contemporânea, denominada pragmática lingüística. Com ela se conquistou a idéia de que toda fala traz em si uma ação. Falar é também agir.

Com HABERMAS se mostrou como a linguagem é o elo que estabelece relações entre as pessoas. Logo, mais do que unicamente descrever a realidade ao redor, além de mero instrumento de conhecimento, a linguagem possui uma função intersubjetiva que a faz voltada para o entendimento mútuo ou acordo, tendo como alternativa contrária um uso abertamente estratégico. Quando do seu uso comunicativo, os falantes levantam pretensões de validade que são: verdade, correção e sinceridade. Ou seja, seus comandos de ação são justos, suas declarações descrevem fatos existentes no mundo e os falantes se expressam sinceramente. Ao tempo em que as duas primeiras pretensões são problematizadas os interlocutores são conduzidos a um modo de interação distinto e *sui generis*: o Discurso.

Porque se tem por fim o consenso, como se viu enunciado no princípio 'D', acerca da verdade das declarações ou a correção das normas de ação, discurso teórico e discurso prático, respectivamente, neste modo de interação há de se pressupor certas regras de argumentação sem as quais não é possível dirimir o conflito instaurado. A participação de todos os envolvidos, a liberdade de questionar, o uso do mesmo idioma, entre outros, são condições indispensáveis para se alcançar o consenso a respeito de algo. O crítico que venha a sustentar que essas regras são dispensáveis e arbitrárias cai em contradição, na medida em que ao afirmar tal só o faz porque já adentrou em uma discussão e tenta convencer seu interlocutor da sua posição, ou seja, de imediato se submeteu a essas regras.

Disto resultou que uma norma de ação pode ser tida como legítima conquanto seja fruto de um consenso pelos que se movem em discuti-la.

Entretanto, o consenso não é condição única para justificar uma norma de ação, ele se faz acompanhar do princípio de universalização, que aponta a condição de que os efeitos do cumprimento universal possam também ser aceito por todos.

No segundo capítulo, tendo por base principalmente o pensamento de Robert ALEXY, se concluiu que o direito é um caso especial de discurso prático e que, portanto, incorporou as regras de argumentação expostas no capítulo anterior.

A mais importante delas é a de que advogados, juízes, promotores levantam necessariamente uma pretensão de correção no momento de suas discussões sobre aquilo que se deve ou não deve fazer. Na hipótese de um juiz se posicionar a favor de determinado comportamento ou atitude e ao mesmo tempo afirmar que ela é contrária ao ordenamento jurídico, ele claramente adentra em uma contradição, pois o seu comando de ação para ser obedecido tem como condição estar conforme o contexto normativo. Exceto esteja fazendo um uso manifestamente estratégico da linguagem, o que, nestas circunstâncias, não engendraria o comportamento desejado, ao menos no âmbito jurídico.

Ainda dentro deste mesmo tema, respondeu-se àqueles que criticavam a tese do caso especial em razão de uma impossibilidade efetiva do cumprimento das regras de argumentação no âmbito jurídico. Todavia, tais autores parecem não ter se apercebido de que a fundamentação das regras em momento algum se pautou em sua real concretização. De modo distinto, elas foram justificadas por meio de uma contradição performativa que incorre todo aquele que as fere. O modo como se tentou convencer o leitor não foi pela utilidade ou possibilidade de cumprimento das regras, mas sim que elas são pressupostas pelos falantes quando fazem parte do discurso prático e até mesmo pelos muitos críticos. Concluiu-se, enfim, que não só a ética do discurso não se pauta por motivos dessa natureza, como também a própria filosofia não lida com o que é possível e sim com o que é necessário.

O terceiro capítulo abordou uma questão mais delicada que deu ensejo a difíceis divergências entre HABERMAS e ALEXY. Tem-se em pauta, aqui, o aspecto concernente à fundamentação de normas de ação, o princípio de

universalização 'U'. Em obediência a este, as normas de ação, além de estarem consentidas pelos envolvidos, somente serão legítimas caso também possam ser universalizadas, visando todas as pessoas que não apenas aquelas que participam de fato do discurso. O princípio 'U' confere a qualidade de correção (moral) às normas. Ocorre que em um primeiro momento do pensamento habermasiano este princípio era o único admissível, de maneira que normas que não fossem passíveis de universalização não mereceriam o título de legítimas. Já em um segundo momento, após a mudança da arquitetura, o discurso prático pode fazer legítimas normas que visam o bem de uma comunidade ou grupo. Posta essa mudança, a tese da pretensão de correção moral se viu corroída porque ALEXY, sem maiores detalhes, admitiu a introdução de argumentos teleológicos no discurso prático em virtude de uma incompreensão sua no que toca o sentido do termo, o que prejudica de todo a relação necessária entre direito e moral.

Essa ambigüidade do autor se mostrou sob dois vieses. Defender a idéia de que as decisões judiciais têm seu critério de correção ditado pelo ordenamento jurídico positivo e em outras ocasiões o têm por critérios absolutos ou que atendam a interesses universalizáveis se mostra indefensável quando se admite que o ordenamento pode ser injusto (dada admissão de argumentos de natureza diversa) e a lei deve ser coerente a ele. Uma conformação da decisão às leis positivas só é possível desde que estas últimas sejam corretas – contudo, como apregoado pelo próprio ALEXY, isto pode não ser possível, de modo que resulta difícil sustentar a pretensão de correção da decisão.

A ambigüidade também é patente no caso da solução de conflito entre princípios, ocasião em que estes revelam seu caráter teleológico, o que constitui uma afronta à tese da relação necessária entre direito e moral porque fica manifesto que essas normas, entendidas como mandamentos de otimização, não são justas, em virtude de não estarem dotadas dos aspectos que, de acordo com HABERMAS, perfazem as normas corretas, mormente, a obrigatoriedade no sentido de conformar a realidade e universalidade porque não admitem exceções. Em suma, possuem uma racionalidade distinta da racionalidade moral que é a

racionalidade teleológica, o que, porém, não permite concluir com HABERMAS de que sejam irracionais. Relembre-se, inclusive, que o modo como ALEXY expôs a natureza dos princípios está toda pautada em uma prática, de juízes do Tribunal Federal Alemão, que vai de encontro ao preceituado na ética do discurso, pois, muito embora tais juízes concebiam tais normas como mandamentos de otimização, da linguagem não se extrai tal idéia. De modo que não há razões aparentes para se acompanhar a doutrina preceituada por eles.

Essas diferenças denotam ao fundo uma confusão que se torna patente ao tempo em que ALEXY esboça um conceito de justiça que é em suma distinto do conceito que pode advir da ética do discurso, tal como esboçada nos capítulos anteriores. Afirmar que a justiça é uma equilibrada distribuição de bens, momento em que ALEXY se movimenta de forma mais direta e clara sobre este conceito, afora não ser passível de conclusão a partir da linguagem, uma vez que esta não fornece elementos ou regras para tanto, demonstra-se um equívoco, pois visa atribuir um predicado, que se dirige exclusivamente a normas, a fatos, dando a entender, por fim, que a realidade fática possa ser justa, vilipendiando que somente as normas ou ações o possam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Hans. Tratado da Razão Crítica. Tradução: Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Constitutional rights, Balancing and Rationality. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 2, Junho 2003.

_____. Constitucionalismo Discursivo. Tradução: Luis Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Derecho y corrección. In:_____. La Institucionalización de la Justicia, Tradução: Jose Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

_____. Justification and application of norms. Ratio juris. Vol. 6. n. 2, p. 157-170, Julho 1993.

_____. On the structure of legal principles. Ratio Juris. Vol. 13. n. 3, p. 294-304. Set. 2000

_____. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild. Silva São Paulo: Landy, 2005.

_____. Teoría del discurso y derechos humanos. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1995.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. The Special Case Thesis. Ratio Juris. Vol. 12, n. 4, p. 374-378. Dez. 1999.

APEL, Karl-Otto. Dissolução da Ética do Discurso? In: Luiz Moreira (org.). Com Habermas, contra Habermas: Discurso, Direito e Democracia. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo, Landy Editora, 2004,

_____. Fundamentação última não-metafísica? In: STEIN, Ernildo; BONI, Luis de (orgs.). Dialética e liberdade. Petrópolis, RJ: Vozes; Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1993.

ARISTÓTELES. Metafísica. Tradução: Giovane Reale. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003. AUSTIN, John. Quando dizer é fazer.

AVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores: São Paulo, 2004

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
BULYGIN, Eugenio.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DESCARTES, René. O discurso do método. In: _____. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DUTRA, Delamar Volpato. Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. Manual de Filosofia do Direito. Caxias do Sul: Educs, 2008.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, nº 9, p. 85-101. Dez. 2006.

GADAMER, Hans-Georg. O que é a verdade? In: Verdade e Método, vol 2. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP; 2002.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução: Juan Carlos Velasco Arroyo. Revista Doxa. Espanha, vol. 17-18, 1995.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. A short reply. Ratio Juris, vol. 12, nº 4, p. 445-453. Dez. 1999.

_____. Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: _____. Comentários à Ética do Discurso. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa, Instituto Piaget, [1999?].

_____. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. II. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Pensamento pós-metafísico. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Teoría de la acción comunicativa. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Volume I. Madrid: Taurus, 1987.

_____. Teoría y praxis: Estudios de filosofía social. 4ª ed. Tradução: Salvador Mas Torres e Carlos Moya Espí. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. Theory of communicative action. Tradução: Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987.

HEIDEGGER, Martin. Introdução à metafísica. 4. ed. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [1989?].

_____. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: A. Kaufmann e W. Hassemer (orgs.) Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MAIA, Antonio Cavalcanti. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: Flávio Beno Siebeneichler (org.). Direito, Moral, Política e Religião nas sociedades pluralistas – Entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

McCARTHY, Thomas. La teoria critica de Jürgen Habermas. Tradução: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Tecnos, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. A vontade de poder. Tradução: Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Tradução: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUANET, Sergio Paulo. Mal-estar na modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SERBENA, Cesar Antonio. Da filosofia da linguagem a linguagem do direito. In: Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Direito e Discurso: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SEARLE, John. Os actos de fala – um ensaio de filosofia da linguagem. Tradução de Carlos Vogt, Ana Cecília Maleronka, Balthazar Barbosa Filho, Maria Stela Gonçalves e Adail Ubirajara Sobral. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009

STRECK, Luis. Verdade e Consenso. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

VELASCO, Marina. Ética do discurso: Apel ou Habermas? Rio de Janeiro: Faperj, 2001.

_____. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: Flávio Beno Siebeneichler (org.). Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.